OPERE

DI

G. R. POTHIER

CONTENENTI I TRATTATI

DEL DIRITTO FRANCESE

Seconda Edizione Italiana

ESEGUITA

SU QUELLA PUBBLICATA A PARIGI

PER CURA DEL SIGNOR

Dupin Seniore

CON L' AGGIUNTA D' UNA DISSERTAZIONE SULLA VITA E SULLE OPERE
DI QUEL CELEBRE GIURISCONSULTO
E D' UN INDICE ALFABETICO E RAGIONATO DELLE MATERIE
DEL DIRITTO CIVILE FRANCESE CONTENUTE NELLE OPERE
DI POTHIER, DEL DETTO SIG. DUPIN

TOMO TERZO

LIVORNO
FRATELLI VIGNOZZI E NIPOTE
1841.

OPERE

DI

G. R. POTHIER

CONTENENTI I TRATTATI

DEL DIRITTO FRANCESE

Seconda Edizione Italiana

ESEGUITA

SU QUELLA PUBBLICATA A PARIGI

PER CURA DEL SIGNOR

Dupin Seniore

CON L' AGGIUNTA D' UNA DISSERTAZIONE SULLA VITA E DELLE OPERE
DI QUEL CELEBRE GIURISCONSULTO
E D' UN INDICE ALFABETICO E RAGIONATO DELLE MATERIE
DEL DIRITTO CIVILE FRANCESE CONTENUTE NELLE OPERE
DI POTHIER, DEL DETTO SIG. DUPIN

TOMO TERZO

LIVORNO
FRATELLI VIGNOZZI E NIPOTE
1841.

OPERE

DI

G. R. POTHIER

CONTENENTI I TRATTATI

DEL DIRITTO FRANCESE

Seconda Edizione Italiana

ESEGUITA

SU QUELLA PUBBLICATA A PARIGI

PER CURA DEL SIGNOR

Dupin Seniore

CON L'AGGIUNTA D'UNA DISSERTAZIONE SULLA VITA E SULLE OPERE
DI QUEL CELEBRE GIURISCONSULTO
E D'UN INDICE ALFABETICO E RAGIONATO DELLE MATERIE
DEL DIRITTO CIVILE FRANCESE CONTENUTE NELLE OPERE
DI POTHIER, DEL DETTO SIG. DUPIN

TOMO TERZO

LIVORNO
FRATELLI VIGNOZZI E NIPOTE
1841.

OPERE

DI

G. R. POTHIER

CONTENENTI I TRATTATI

DEL DIRITTO FRANCESE

Seconda Edizione Italiana

ESEGUITA

SU QUELLA PUBBLICATA A PARIGI

PER CURA DEL SIGNOR

Dupin Seniore

CON L' AGGIUNTA D' UNA DISSERTAZIONE SULLA VITA E SULLE OPERE
DI QUEL CELEBRE GIURISCONSULTO
E D' UN INDICE ALFABETICO E RAGIONATO DELLE MATERIE
DEL DIRITTO CIVILE FRANCESE CONTENUTE NELLE OPERE
DI POTHIER, DEL DETTO SIG. DUPIN

TOMO TERZO

LIVORNO
FRATELLI VIGNOZZI E NIPOTE
1841.

TRATTATO

DEL DIRITTO

E DOMINIO DI PROPRIETA'

ARTICOLO PRELIMINARE

1. Due specie di diritti si considerano relativamente alle cose che sono in commercio; quello che abbiamo nella cosa, che dicesi *jus in re*; quello che abbiamo rapporto alla cosa, che chiamasi *jus ad rem*.

Il *jus in re* è il diritto che noi abbiamo in una cosa, in forza del quale essa ci appartiene, almeno per certi riguardi. Il *jus ad rem* è il diritto che noi abbiamo, non già nella cosa, ma soltanto per rapporto alla cosa contro la persona, che ha contratto verso di noi l'obbligazione di dar[illegible].

Questo diritto nasce dalle obbligazioni, e consiste nell' azione personale che noi abbiamo contro la persona la quale ha contratta l' obbligazione, o che è succeduta in luogo di quella che l' ha contratta, perchè essa venga condannata a darci la cosa, ove questa trovisi in suo potere, ovvero a rifarci i danni e interessi risultanti dall' inesecuzione della sua obbligazione.

Questo *jus ad rem* somministrò la materia al nostro Trattato delle obbligazioni, ed a que' che lo seguirono sopra le diverse specie di contratti. Ora ci accingiamo a trattare del *jus in re*.

2. Vi sono più specie di *jus in re*, che si chiamano ancora *diritti reali*. La principale è il diritto di dominio di proprietà. Le altre specie di diritti reali che da questo procedono, e che ne sono come tante frazioni, sono i diritti di dominio di superiorità, come sarebbero il dominio feudale o censuario, il diritto enfiteutico, i diritti di servitù tanto personali che prediali, ed il diritto d' ipoteca.

Noi abbiamo già trattato del diritto enfiteutico nel nostro Trattato dell' Enfiteusi; ci faremo a trattare in seguito di queste altre specie di dritti reali in differenti trattati. In questo non tratteremo che del diritto di dominio, che parimenti si chiama diritto di proprietà, e lo divideremo in due parti. Vedremo nella prima cosa sia il diritto di dominio di proprietà; in che esso consista; quali sono i differenti modi di acquistarlo e di perderlo. Nella seconda tratteremo delle azioni che ne nascono. Finalmente aggiungeremo un Trattato del possesso.

PARTE PRIMA

COSA SIA IL DIRITTO DI DOMINIO DI PROPRIETA', E IN QUANTI MODI SI POSSA PERDERE OD ACQUISTARE.

CAPITOLO PRIMO

Cosa sia il diritto di dominio di proprietà, ed in che consista.

3. Non vi è a' nostri giorni, riguardo ai mobili, che una sola specie di dominio, che è quella del dominio di proprietà (a). Dicasi lo stesso de' fondi allodiali.

Riguardo ai fondi tenuti in feudo o a censo, distinguonsi due specie di dominio, il dominio diretto, ed il dominio utile.

Il dominio diretto, che hanno i proprietarj del feudo o del censo sopra i fondi ch' essi danno a feudo o a censo, è il dominio antico, originario e primitivo del fondo, da cui si è staccato il dominio utile mediante l' alienazione che ne fu fatta; il quale in conseguenza altro più non è che un dominio di superiorità, ed un semplice diritto, che hanno i padroni di farsi riconoscere come tali dai possessori de' fondi da essi tenuti, e di esigere certe retribuzioni tendenti a riconoscere il loro dominio.

Questa specie di dominio non è già il dominio di proprietà, che dee formar la materia del presente trattato. Devesi piuttosto chiamarlo dominio di *superiorità*, noi ne tratteremo in seguito in un Trattato dei Feudi.

Il dominio utile di un fondo comprende quanto vi ha di utile, come di perciperne i frutti, di disporne a piacere, col peso però di riconoscere per padrone colui che ne ha il dominio diretto.

Il dominio utile, riguardo ai fondi stabili, si chiama dominio di proprietà. Quegli, che ha questo dominio utile, si chiama proprietario o padrone utile; quegli, che ha il dominio diretto, dicesi semplicemente padrone. Egli è in verità il proprietario del suo diritto di padronanza; ma il proprietario del fondo ne è, propriamente parlando, il padrone utile.

4. Il dominio di *proprietà* è così chiamato, perchè desso è il diritto pel quale una cosa mi è *propria*, e mi appartiene privativamente ad ogni altro.

Questo diritto di proprietà, considerato rapporto ai suoi effetti, si dee definire il diritto di disporre a suo grado di una cosa, senza però ledere l' altrui diritto, nè contravvenire alle leggi, *jus de re libere disponendi, o jus utendi et abutendi.*

5. Questo diritto ha molta estensione; esso comprende, 1.° il diritto di avere tutti i frutti che nascono dalla cosa, sia che il proprietario li percipa, sia che vengano percetti da un altro che non ne abbia diritto. 2.° Il diritto di servirsi della cosa, non solo pegli usi a' quali è essa naturalmente destinata, ma per qualunque uso a lui piacesse di farne. Per esempio, sebbene le stanze di una casa non siano destinate, che ad alloggiare degli uomini; tuttavia il proprietario ha diritto di alloggiarvi bestiami, ove egli trovi conveniente di farlo. 3.° Questo diritto di disporre racchiude quello altresì che ha il proprietario di dare altra forma alla sua cosa, *puta*, di convertire un pezzo di terra aratoria

(a) Giusta l' antico diritto romano eranvi, tanto riguardo a' mobili, che agli immobili due specie di dominj; il *dominium civile o quiritarium*, ed il *dominium naturale o bonitarium*. Giustiniano nella legge unica, *Cod. de nud. jur. quir.* avendo abolita questa differenza, noi non ne faremo parola. *Vedi le nostre Pandette, T. de adquir. rer. dom. n.* 1.

in un prato o uno stagno, o *vice versa*. Egli ha diritto non solamente di dare alla sua cosa una forma migliore, ma ove gli piaccia convertirla in peggiore, facendo per esempio di un buon campo aratorio un terreno incolto atto soltanto al pascolo degli animali. 4.° Questo diritto di disporre comprende altresì quello che ha il proprietario di perdere intieramente la sua cosa, se così stima, per esempio il proprietario di un bel quadro ha diritto di cancellarlo, il proprietario di un libro ha diritto di gettarlo alle fiamme. 5.° Il diritto d' impedire qualunque altro di servirsene, tranne coloro che avessero questo diritto in virtù di qualche titolo di servitù, o a' quali ei ne avesse in forza di convenzione conceduto un uso determinato. 6.° Il diritto di disporre comprende quello che ha il proprietario di alienar la sua cosa, ed anche di accordare ad altri que' tali diritti nella sua cosa, che ad esso più aggrada o di permetterne solamente quell'uso che stimerà di concedere.

6. Tuttochè il diritto di proprietà in sè contenga tutti questi diritti, ciò nulla ostante il proprietario non può sempre esercitarli : può esserne impedito, o per un difetto della sua persona, o per qualche imperfezione del suo diritto di proprietà.

7. I difetti nella persona del proprietario sono l' età minore, la demenza, l' interdizione, la soggezione della moglie alla podestà del marito.

Distinguesi nel diritto di proprietà, egualmente che in tutti gli altri diritti, la sostanza dall' esercizio del diritto. Un minore proprietario ha bensì la sostanza di tutti i diritti, che il suo diritto di proprietà in sè racchiude; ma non ne ha l'esercizio, finchè non sia divenuto *usante*, per così dire *de' suoi diritti*, in forza della maggior età o di una parte de' medesimi in forza del matrimonio, o in virtù di rescritti sovrani che gli accordino per privilegio il benefizio di età.

Frattanto il tutore di questo minore è quello che ha l' esercizio dei diritti compresi nel diritto di proprietà delle cose appartenenti al minore; per conseguenza egli ha il diritto di percipere i frutti de' fondi di detto minore per impiegarli a profitto di questo, di vendere i mobili per impiegarne il prezzo o in pagamento dei debiti di questo minore o in acquisti di fondi o rendite. A lui compete il diritto di dare ad affitto i campi e le case appartenenti al minore; ma non ha il diritto di venderli, senonchè per giusti ed urgenti motivi, in virtù di un decreto del giudice, ed osservando le formalità prescritte per l' alienazione dei beni dei minori. La ragione si è, che il tutore non ha questo esercizio dei diritti, che racchiude la proprietà dei beni del suo minore, senonchè pel vantaggio e l' interesse dello stesso minore, e non già l' esercizio di quelli che vi fossero contrarj.

Quanto abbiamo detto finora rapporto al proprietario minore, si applica egualmente al proprietario in demenza, o interdetto per prodigalità. Questi ha nella sua persona la sostanza dei dritti compresi nella proprietà de' suoi beni; ma la sua demenza o la sua interdizione lo priva della facoltà di esercitarli: tocca al curatore dell' interdetto l' esercitarli pel vantaggio e l' interesse dell'interdetto.

Allorchè una donna, maritandosi, passa sotto la podestà del marito ella conserva il diritto di proprietà de'suoi beni, e ritiene in conseguenza il fondo o sia la sostanza dei diritti che racchiude il diritto di proprietà; ma la podestà maritale cui essa soggiace la priva della facoltà di esercitarli a sua voglia, non potendo alienare nè disporre di cosa alcuna senza l' autorizzazione di suo marito, come lo abbiam veduto nel nostro Trattato della Podestà Maritale.

8. L' imperfezione del diritto di proprietà può egualmente privare il proprietario di una parte dei diritti che abbiamo detto contenersi nel diritto di proprietà, i quali però non vi si contengono che quando la proprietà è piena e perfetta.

Una proprietà è piena e perfetta quando è perpetua, e quando la cosa non è gravata di diritti e pesi reali a favore di persone diverse dal proprietario. All' opposto è imperfetta

quando essa dee finire al termine di un certo tempo, o per l' adempimento di una qualche condizione.

La proprietà di un fondo è altresì imperfetta, quando il fondo è gravato di diritti reali a favore di qualche persona diversa dal proprietario, imperocchè questi diritti reali sono altrettanti diritti che furono staccati dalla proprietà.

La proprietà poi è imperfettissima allora quando è gravata di un diritto di usufrutto; essa viene in tal caso chiamata proprietà nuda, *nuda proprietas*.

9. Quegli che non ha che un diritto di proprietà risolubile di un fondo, è privato di una parte de'diritti che la proprietà in se racchiude quand' essa è perfetta. Quantunque la proprietà, allorchè è perfetta, comprenda il diritto ancor di abusare e di perdere la cosa, tuttavia non è lecito a quello, che ha soltanto una proprietà risolubile di un fondo, di deteriorarlo a danno di colui, al quale esso dee ritornare per diritto di riversione o appartenere a titolo di sostituzione; nè gli è permesso di cangiarne la forma; e quando il tempo della riversione o della sostituzione è arrivato, egli o i suoi eredi sono tenuti a rifare i danni e interessi risultanti da tutti i deterioramenti che vi si ritrovassero.

10. Parimenti colui che ha una proprietà risolubile di un fondo, non può alienarlo nè concedere de' diritti sovr' esso ad altre persone, senonchè pel tempo che dee durare il suo diritto di proprietà. Appena arrivato il tempo in cui deve risolversi questo diritto, la proprietà da lui alienata, in qualunque mano sia essa passata e rinvengasi, si risolve, come pure risolvonsi tutti i diritti che sovra essa egli avesse ad altri concessi. Questo è il caso di applicare la nota regola di diritto: *soluto jure dantis*, *solvitur jus accipientis*.

11. Osservisi, che se colui che ha di buona fede acquistato un fondo da quello, che ne aveva soltanto una proprietà risolubile, l' ha posseduto durante tutto il tempo richiesto per la prescrizione colla medesima buona fede ignorando sempre che il venditore del fondo ne aveva soltanto una proprietà risolubile, egli acquista per diritto di prescrizione ciò che mancava alla proprietà in lui trasferita, la quale, di risolubile ch' essa era, diviene una proprietà piena e perfetta. La prescrizione può dare il diritto di proprietà a quello, che ha acquistato in buona fede un fondo da chi non ne era proprietario, nè poteva in conseguenza trasferirgli il diritto di proprietà; essa può dunque per la stessa ragione dare ciò che mancava alla perfezione della proprietà di colui, che ha acquistato di buona fede un fondo da quello ch'ei credeva averne la proprietà perfetta, ma che avendola risolubile, non gliel' aveva trasferita che come tale.

Parimenti, allorchè quelli che hanno acquistato qualche diritto reale nel fondo di colui che ne aveva soltanto una proprietà risolubile, hanno posseduto questo diritto di buona fede durante il tempo richiesto per la prescrizione, nella supposizione che quegli da cui l' hanno acquistato avesse la proprietà perpetua del fondo, essi acquistano mediante la prescrizione ciò che mancava alla perfezione del diritto che hanno acquistato, il quale, di diritto risolubile che era, diviene un diritto perpetuo. Vedi sul diritto di usucapione e di prescrizione, e sopra i casi ne' quali questo diritto ha luogo, ciò che diremo *infra* nel nostro Trattato delle Prescrizioni *par.* 2.

13. Quegli che ha una proprietà imperfetta di un fondo, relativamente ai diritti reali che altre persone vi hanno, è del pari privato di molti diritti che si trovano compresi in quello di proprietà, quand' essa è perfetta. Per esempio, il proprietario di un fondo gravato di usufrutto non ha alcun diritto su i frutti che nascono nel suo fondo per tutto quel tempo che dee durare l'usufrutto, mentre essi appartengono all'usufruttuario. Anzi egli non può, senza il consenso dell' usufruttuario, nè cangiar la forma del fondo, nè alcuna cosa distruggervi o costruirvi, nè imporvi alcuna servitù, nè farvi in generale veruna cosa che possa pregiudicar l' usufrutto. Similmente il proprietario di un

fondo gravato di qualsivoglia diritto reale nulla può fare nel suo fondo che possa nuocere a così fatto diritto. Per esempio, se il fondo di cui io ho la proprietà, è gravato a favor del vicino di un diritto di passaggio, non mi è permesso di fare veruna cosa nel luogo del mio fondo, ove detto vicino ha questo diritto di passaggio, che nuocer possa al medesimo. Similmente se il fondo, di cui ho la proprietà, è gravato di un diritto di rendita enfiteutica, io non ho diritto di abusarne e di deteriorarlo, diritto che avrei se la mia proprietà fosse perfetta; ma sono obbligato a conservarlo in buono stato per sicurezza della rendita, che vi è imposta, come lo abbiam veduto nel nostro Trattato dell' Enfiteusi.

13. Noi abbiamo definito il diritto di proprietà, la facoltà di disporre di una cosa a suo piacere: ed abbiam aggiunto, *senza però recar pregiudizio all' altrui diritto*. Ciò deesi intendere non solamente del diritto attuale che altri vi hanno, ma altresì del diritto di quelli, a'quali la cosa dee un giorno passare: lo che deesi intendere non solo de'diritti reali che altri hanno nel fondo, a' quali il proprietario, che ha una proprietà risolubile o imperfetta non può recar nocumento, come lo abbiam finora veduto, ma devesi intendere ancora del diritto de'proprietarj e possessori de' fondi vicini, al quale il proprietario di un fondo, per quanto perfetto sia il suo diritto di proprietà, non può recar pregiudizio, nè per conseguenza far nel suo fondo ciò che le obbligazioni, che nascono dalla vicinanza, non gli permetton di fare nel suo fondo a pregiudizio de' suoi vicini. Vedi ciò che ne abbiam detto nella seconda appendice, che abbiamo aggiunto in fine del nostro Trattato del contratto di Società.

14. Finalmente nella nostra definizione, dopo quei termini, *senza recar pregiudizio agli altrui diritti*, abbiamo aggiunto, *nè alle leggi*, conciossiachè per esteso che sia il diritto che ha un proprietario di fare della propria cosa quell'uso che più gli piace, non può però farne quello che le leggi gli vietano di fare. Per esempio, sebbene il proprietario di un campo possa piantarvi ciò che gli aggrada tuttavia non gli è permesso di farvi una piantagione di tabacco, essendovi delle leggi che vietano siffatte piantagioni nel regno, perchè contrarie agl' interessi della finanza.

Parimenti, sebbene il diritto di proprietà di una cosa comprenda quello di venderla e di trasportarla ove meglio aggrada, nulladimeno non è permesso di trasportar le sue biade fuori del regno, ove esista una legge che ne vieti l' esportazione: non è permesso ad un mercante di vendere una quantità considerevole di grani ne' suoi granaj o magazzini, specialmente in tempo di carestia, a pregiudizio de' regolamenti di polizia che ordinano di portarli e venderli sul mercato.

Similmente, quantunque la proprietà di una cosa contenga il diritto di abusarne e di perderla, un mercante proprietario di una quantità considerevole di grano, il quale differendo lungo tempo a venderlo colla speranza che ne rialzi il prezzo, l'avesse lasciato marcire in tempo di carestia, sarebbe colpevole verso del pubblico di un' ingiustizia notabile, perchè la legge naturale non gli permette di lasciar perdere una derrata di prima necessità, qual' è il grano, a pregiudizio del bisogno pubblico.

15. Il dominio di proprietà, al pari di tutti gli altri diritti, tanto *in re* che *ad rem*, suppone necessariamente una persona, nella quale questo diritto sussista ed a cui esso appartenga.

Non è già necessario che questa persona sia naturale, o sia un individuo fisico esistente, come sono le persone de' particolari, a cui questo diritto appartenga; questo, come ogni altra specie di diritto, può appartenere alle corporazioni, alle comunità, le quali sono persone morali.

Quando un proprietario muore e nessuno vuol accettare la sua eredità questa eredità giacente viene considerata come una persona morale, come una continuazione di quella del defunto; ed in questa persona fittizia sussiste il dominio di proprietà di tutte quelle cose che appartenevano al defunto, al

pari di tutti gli altri diritti attivi e passivi del defunto: *hereditas jacens personae defuncti locum obtinet.*

16. Il diritto di proprietà essendo, come lo abbiam veduto *supra, n.* 4, quel diritto, per cui una cosa ci appartiene esclusivamente ad ogni altro, egli è dell' essenza di questo diritto, che due persone non possano avere, ciascheduna pel totale, il dominio di proprietà di una medesima cosa: *Celsus ait, duorum in solidum dominium esse non posse*; *l.* 5, § 15, *ff commod.* Perlochè quand' io ho il diritto di proprietà di una cosa, un altro non può *per rerum naturam* divenirne proprietario senza che io cessi intieramente di esserlo, ed egli non può averne la proprietà in una parte, senza che io cessi di averla nella parte medesima. La ragione si è che *proprio e comune* sono termini contraddittorj. Se si suppone che un altro sia proprietario d' una cosa di cui io son proprietario, allora questa cosa è comune tra noi, e se essa è comune, non si può dire che mi sia propria pel totale, e che io ne abbia la proprietà riguardo al totale; avvegnachè *proprio e comune* sono due cose contraddittorie.

In ciò il *jus in re* differisce dal *jus ad rem*; più persone potendo essere, ciascuna per lo totale, creditrici di una medesima cosa, sia in forza di una obbligazione medesima, allorchè questa è stata contratta verso più creditori solidali, come lo abbiam veduto nel nostro Trattato delle Obbligazioni, *part.* 2, *cap.* 3, *art.* 7, sia in virtù di differenti obbligazioni o di uno stesso debitore o di diversi debitori. La ragione di questa differenza è, che non è possibile che ciò che mi appartiene, appartenga nel medesimo tempo ad un altro; ma nulla impedisce che la medesima cosa che mi è dovuta, non sia del pari ad altri dovuta.

17. Più persone non possono in verità avere la proprietà della medesima cosa riguardo al totale; possono bensì avere questa proprietà in comune ciascuna per una determinata parte. Ciò non si oppone a quello che abbiam detto poc' anzi, cioè che la proprietà è un diritto, per cui una cosa ci appartiene esclusivamente ad ogni altro; imperocchè questo diritto di proprietà ch' essi hanno in comune, è quel diritto per cui la cosa loro appartiene in comune privativamente a tutt' altro. E fra di loro la parte che ciascuno vi ha, a lui solo esclusivamente appartiene, poichè la parte che uno ha nella cosa comune, non è la parte dell' altro, ed ognuno di essi non ha diritto che di disporre della rispettiva sua quota.

Queste parti che ciascuno di coloro, che hanno il diritto di proprietà di una cosa in comune, ha nella cosa comune, non sono già parti reali, che non si possano formare altrimenti che mediante la divisione della cosa; ma sono parti puramente intellettuali. In questo senso è detto nella legge 66, § 2, *ff. de leg.* 2. *Plures in uno fundo dominium juris intellectu, non divisione corporis, obtinent.*

Più persone possono egualmente esser proprietarj in comune di una cosa che non è suscettibile di parti neppure intellettuali, come è un diritto di servitù che appartiene a più comproprietarj di una casa, a cui la servitù è dovuta. Sebbene in tal caso ciascuno de' comproprietarj di questo diritto di servitù lo sia per lo totale, questo diritto non essendo suscettibile di parti, tuttavia ciò non contravviene alla massima proposta al n. precedente: *duorum in solidum dominium esse non potest*; giacchè questa massima s' intende nel senso che più persone non possano essere, ciascuna separatamente, proprietarj per lo totale di una medesima cosa, ma possono essere proprietarj di una medesima cosa in comune. Ora nel nostro caso cadauno de' comproprietarj non è proprietario separatamente del diritto di servitù, essi non lo sono che in comune, nè lo sono *totaliter* che tutti insieme.

18. Il dominio di proprietà, egualmente che il *jus ad rem* suppone una causa, che lo produca nella persona che ha questo diritto. Avvi però questo divario, che il dominio di proprietà di una cosa da me acquistata ad un certo titolo non può appartenermi ad un altro, se non per ciò

che mancava alla proprietà che ne aveva acquistata da prima; laddovechè una medesima cosa può essermi per diversi titoli dovuta: *non, ut ex pluribus causis idem nobis deberi potest, ita ex pluribus causis idem potest nostrum esse: l. 159 ff. de reg. jur. Dominium non potest nisi ex una causa contingere; l. 3, § 4, de adq. possess.*

La ragione della differenza si è, che è impossibile ch' io acquisti ciò che già m' appartiene. Perciò quando una volta ho acquistata la proprietà di una cosa in virtù di un titolo, non potendola più acquistare, essa non può appartenermi che in forza del solo titolo, pel quale l'ho acquistata. Al contrario, nulla impedisce che una cosa che mi è già dovuta in virtù di un titolo, non mi sia ancora dovuta in forza di un altro. Per esempio, io suppongo che Pietro mi abbia venduta una certa cosa; esso fa in seguito il suo testamento, col quale ei me la lega. Codesta cosa mi è dovuta dagli eredi di Pietro per due titoli, primo, in virtù della vendita che Pietro me ne ha fatta, secondo in virtù del legato. Quindi io ho contro di essi due azioni per questa medesima cosa, l' azione cioè *ex empto*, e l' azione *ex testamento*, e se questa cosa che mi è stata venduta da Pietro, mi fosse stata altresì legata da Paolo, essa mi sarebbe dovuta dagli eredi dell' uno come da quelli dell' altro.

CAPITOLO II.

Come si acquisti il dominio di proprietà, e come si perda.

19. I modi di acquistare il dominio di proprietà di una cosa per diritto naturale, e per diritto delle genti, si riducono a tre: l' occupazione, l' accessione, e la tradizione. L' occupazione, formerà la materia delle due prime sezioni di questo capo: noi tratteremo nella prima dell' occupazione delle cose che non appartengono ad alcuno; nella seconda, delle prede fatte sopra il nemico. L' accessione formerà la materia della terza, la tradizione della quarta. Riferiremo nella quinta sezione le varie maniere di acquistare il dominio di proprietà secondo il diritto civile. Tratteremo nella sesta delle persone dalle quali non possiamo acquistare il dominio di proprietà. Vedremo finalmente nella settima sezione come si perda tale dominio.

SEZIONE PRIMA.

Dell' occupazione delle cose che [illegible] appartengono ad alcuno.

20 L' occupazione è il [illegible], [illegible] quale si acquista il [illegible] di pro-prietà sopra una cosa che non [illegible] partiene ad alcuno, impadronendo-sene coll' intenzione di acquistarla [illegible] *quod enim nullius est,* dico[illegible] *ratione naturali occupanti conceditur; l. 3, ff. de adq. rer. dom.*

Vedremo nel primo articolo quali siano le cose che non appartengono ad alcuno, il cui dominio di proprietà può acquistarsi dal primo occupante. Scorreremo in seguito le diverse specie di occupazione, come sono la caccia, la pesca, l' aucupio, l'invenzione, e l' occupazione semplicemente detta.

Siccome la caccia merita un articolo particolare, così essa fornirà materia al secondo articolo. Noi tratteremo della pesca e dell' aucupio nel terzo, dell' invenzione nel quarto, dell' occupazione semplicemente detta, nel quinto.

ARTICOLO PRIMO.

Quali siano le cose che non appartengono ad alcuno, il cui dominio di proprietà possa essere acquistato a titolo di occupazione.

[illegible] A Dio si appartiene il supremo dominio dell' universo e di tutte le co[illegible] che in esso contengonsi: *Do[illegible] est terra et plenitudo ejus, or-[illegible] bis terrarum et universi qui abitant in ea.* [illegible] genere umano egli ha c rea

la terra e tutte le creature che vivono in essa, pel genere umano, al quale ne ha accordato un dominio subordinato al suo: *Quid est homo*, esclamail Salmista, *quia reputas eum... constituisti eum super omnia opera manuum tuarum, omnia subjecisti sub pedibus ejus, etc.*

Dio fece questo dono al genere umano con quelle parole che egli diresse ai nostri primi padri dopo la creazione: *Multiplicamini et replete terram, et subjicite eam, et dominamini piscibus maris, etc.* Genes. 1, 28.

I primi uomini ebbero ne' primi tempi del mondo in comune tutte le cose, che Dio aveva date al genere umano. Questa comunione di cose non era già positiva, come è quella che esiste tra più persone, che hanno in comune il dominio di una cosa, nella quale ha ciascuno la rispettiva sua quota; ma era una comunione, chiamata da quelli che trattarono di così fatte materie, *comunio negativa*, la quale consisteva in ciò, che le cose le quali erano comuni a tutti, appartenevano tanto a cadauno di essi che agli altri, e nessuno poteva impedire un altro dal prendere in queste cose comuni ciò ch' ei credeva più conveniente di prendervi per giovarsene nei proprj bisogni. Fintantochè egli se ne serviva gli altri dovevan lasciargliela; ma tostochè egli aveva cessato di servirsene, se la cosa non era di quelle che si consuman coll'uso che se ne fa, cotesta cosa rientrava nella comunione negativa, ed un altro poteva egualmente servirsene.

Moltiplicatosi il genere umano gli uomini si divisero tra di loro la terra, e la maggior parte delle cose che si trovavano sulla sua superficie. Ciò che toccò in sorte a ciascuno di essi, cominciò da quel momento ad appartenergli esclusivamente ad ogni altro; ed ecco l'origine del diritto di proprietà.

Tutto però non entrò in questa divisione; parecchie cose rimasero, e rimangon tuttora in quell' antico stato di comunion negativa. Queste cose sono quelle che i giureconsulti denominano *res communes*. Marciano ne riferisce più specie; l' aria, l' acqua che scorre ne' fiumi, il mare, le sponde: *Naturali jure omnium communia sunt illa; aer, aqua, profluens, et mare, et per hoc littora maris*; l. 2, § 1. ff. *de divis. rer.*

Tra gli animali, quelli che chiamansi animali domestici, come sono i cavalli, gli asini, i montoni, le capre, i bovi, i cani, i polli, le oche ec., entrano nella divisione de' beni che si è fatta tra gli uomini, e quindi sono cose, delle quali i particolari hanno il dominio di proprietà al pari di tutti gli altri beni, dominio ch' essi conservano, quand' anche ne avesser perduto il possesso. Rapporto agli animali salvatici, *ferae naturae*, questi sono rimasti nell' antico stato di comunione.

Tutte queste cose che sono rimaste nell'antico stato di comunione negativa, sono chiamate *res communes* per rapporto al diritto che ha ognuno d' impadronirsene; sono altresì chiamate *res nullius*, perchè nessuno ne ha la proprietà finchè rimangono in questo stato, nè può acquistarla fuorchè impradonendosene.

22. Queste sole cose che non appartengono ad alcuno, perchè sono rimaste nella comunion negativa, sono suscettibili dell' acquisto che se ne fa a titolo di occupazione. Vi sono altre cose che non appartengono ad alcuno, come sono quelle che diconsi *juris divini*, per esempio, una chiesa, un cimiterio, ec. *res sacrae, religiosae, et sanctae in nullius bonis sunt; l.* 6, § 2, ff. *de divis. rer.*; ciò non pertanto nessuno ha il diritto d' impadronirsene. Anche i beni vacanti di una persona che non lascia eredi, non appartengono propriamente ad alcuno; ma i particolari non hanno perciò il diritto d' impadronirsene, avendolo il solo fisco esclusivamente ad ogni particolare.

ARTICOLO II.

Della caccia.

23. La caccia è una specie di titolo d' occupazione, mediante il quale un cacciatore acquista il dominio di proprietà sull' uccello, di cui s'impadronisce.

Vedremo nel primo paragrafo quali siano le massime del diritto romano sopra la caccia; vedremo nel secondo chi siano coloro a' quali appartiene il diritto di caccia, secondo l' attuale nostra giurisprudenza; vedremo nel terzo, in che esso consista.

§ 1. *Quali siano i principj del diritto romano sulla caccia.*

24. Presso i Romani la caccia era permessa ad ognuno. La ragione era che gli animali selvatici, siano quadrupedi, siano volatili, essendo, finchè si trovano **in laxitate naturali**, nello antico stato di comunione negativa, e non appartenendo ad alcuno, ciascuno ha il diritto d' impadronirsene e d' acquistarne la proprietà: ***Omnia animalia quae terra, marique capiuntur, idest ferae bestiae, et volucres, et pisces, capientum fiunt***; *l.* 1, § 5, ff. *de adq rer. dom.*

Nè importa che taluno s'impadronisca di questi animali selvatici sopra il suo fondo, o sopra quello degli altri: ***Nec interest utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno***; *l.* 3, § 1. Il proprietario del fondo può bensì proibirvi l' ingresso a colui che vi si porta coll'intenzione di cacciarvi: ***plane***, soggiunge il giureconsulto, ***qui in fundum alienum ingreditum venandi aucupandive gratia, potest a domino, si is praeviderit, prohiberi ne ingrederetur***; *d* § 1. Questa è una conseguenza del diritto di proprietà del fondo, ***supra***, n. 5. Ma se questo cacciatore contro il divieto del proprietario del fondo vi è entrato, acquisterà egli il dominio della preda che avrà fatta sopra un tal fondo? Cujacio, ***Observ. IV***, 2, dice che non ne acquista in tal caso il dominio. Vinnio rigetta siffatta opinione su la ragione, che il proprietario ha bensì contro questo cacciatore l' azione ***injuriarum***, poichè come proprietario del fondo egli aveva il diritto di vietargliene l' ingresso; ma non essendo proprietario degli animali selvatici, di cui il cacciatore si è impadronito sopra il suo fondo, non ha alcuna ragione d'impedire, che questo cacciatore ne abbia acquistato il dominio coll' impadronirsene.

25. Osservisi però che, affinchè un cacciatore sia reputato essersi impadronito dell'animale, ed averne quindi acquistato il dominio, non è necessario precisamente che egli vi abbia posto sopra la mano; basta che in qualsivoglia maniera l' animale sia caduto in suo potere, in modo da non potergli scappare. Perlochè, se avendo io tesa una rete in un luogo, ove aveva diritto di porla, vi fosse incappato un cignale in modo da non poter piu fuggire, io ne avrei da quell'istante acquistato il dominio; e se taluno lo avesse da quella trappola liberato e quindi fatto scappare, io avrei contro di esso la stessa azione che mi competerebbe contro di un uomo, il quale avesse gettata la mia tazza nel fiume.

Ma sarebbe egli lo stesso, se io avessi tesa la rete in un luogo ove non aveva diritto di tenderla? Proculo pare che decida poco o nulla importare in qual luogo io l' abbia tesa: ***in laqueum quem venandi causa posueras aper incidit; cum eo haereret, exemptum eum abstuli; num tibi videor tuum aprum abstulisse? et si tuum putas fuisse, si solutum eum in sylvam dimisissem, eo casu tuus esse desiisset, an maneret? Quam actionem mecum haberes, si desiisset tuus esse; num in factum dari oporteret, quaero? Respondit: laqueum videamus, ne intersit in publico an in privato posuerim; et si in privato posui, utrum in meo, an in alieno posuerim; et si in alieno, utrum permissu ejus cujus fundus erat, an non permissu ejus posuerim? Praeterea utrum in eo haeserit aper, et expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit?*** Proculo non si arresta che a quest' ultima distinzione, e senza fermarsi a tutte le altre che seguono, egli continua così: ***summam tamen hanc puto esse, ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit; sin autem aprum meum factum in suam naturalem laxitatem dimisisses, eo facto meus esse desiisset; et actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex nave ejecisset***, *l.* 55, ff. *de adq. rer. dom.*

Secondo la nostra giurisprudenza quegli che avesse teso de' lacci in un luogo, ove non ha diritto di tenderne,

non sarebbe sentito nella sua pretensione, che quegli uccelli che v'incappassero fossero suoi, nè sarebbe ammesso ad intentare veruna azione contro coloro, che se ne fossero impadroniti. Non si può dire neppure che l' uccellame, cadendo nella rete o nei laccioli da esso tesi, fosse realmente caduto in suo potere, perchè non era in sua facoltà di andarvelo a prendere, poichè il proprietario del luogo o le persone da lui dipendenti avevano il diritto d' impedirgliene lo ingresso.

26. I giureconsulti romani hanno pure agitata la questione se bastasse che io avessi ferito l' animale, per riputare che io ne avessi acquistato il dominio, dominio che io non perderei, senonchè quando avessi lasciato d'inseguirlo : di modo che se mentre che io lo inseguissi, un altro se ne impadronisse, si riterrebbe che questi me lo avesse rubato. Tale era il parere del giureconsulto Trebazio. Cajo però abbraccia l' opinione contraria, per la ragione che un animale che noi abbiam ferito, non per ciò è in nostro potere, potendo avvenire ch' esso ci scappi senza poterlo più prendere; *l.* 5, § 1, ff. *dict. tit.*

Puffendorf, lib. 4, cap. 6, n. 10, sopra una siffatta questione distingue così: se la ferita fu considerabile, e fosse verisimile che il cacciatore avesse preso l' animale, non è più permesso ad un altro lo impadronirsene, finchè il cacciatore che lo ha ferito l' insegue; ma se la ferita è leggiera, lo animale resta al primo occupante.

Barbeyrac è di sentimento totalmente opposto; egli opina esser sufficiente che io insegua l' animale, benchè non lo abbia ancora ferito, perchè si reputi che io ne sia il primo occupante finchè lo inseguo, e che non sia permesso ad un altro d' impadronirsene in questo frattempo. Cotal sentimento, più civile, è adottato in pratica; esso è conforme ad un articolo delle antiche leggi Saliche, che è il quinto del titolo 36, ove è detto : *si quis aprum cumque quem alieni canes moverunt, occiderit et furaverit*, *D. C. denarios culpabilis judicatur.*

§ 2. *Dell'abrogazione del diritto, che permetteva la caccia indistintamente ad ognuno. Quali siano le persone alle quali, secondo il diritto francese, la caccia è permessa, e quelle a cui essa è vietata.*

27. In Francia, come in tutti gli altri stati di Europa, le leggi civili hanno ristretta la libertà che il puro diritto naturale lasciava ad ogni particolare d' impadronirsi di quegli animali che essendo *in laxitate naturali*, trovansi nell' antico stato di comunione negativa, nè appartengono in proprietà ad alcuno. I sovrani si sono riservati per essi loro e per quelli, a' quali credettero conveniente di comunicarlo, il diritto di caccia riguardo ad ogni specie di cacciagione, e lo hanno vietato a tutti gli altri particolari.

28. Vi fu qualche antico dottore che dubitò, se competesse a' sovrani il diritto di riservarsi la caccia, e proibirla a' loro sudditi. Essi oppongono a sostegno della loro opinione, che Dio avendo dato agli uomini l' impero sopra le bestie, come lo abbiamo veduto *supra*, il principe non aveva la facoltà di privare i suoi sudditi di un diritto che Dio aveva loro dato. La legge naturale, si dice, permettendo la caccia ad ogni particolare, la legge civile che la proibisce è contraria alla legge naturale, ed eccede per conseguenza il potere del legislatore, il quale soggiacendo egli stesso alla legge naturale, nulla può prescrivere che sia a questa contrario.

È facile il rispondere a così fatte obbiezioni. Dall' aver Iddio dato al genere umano l' impero sopra le bestie, non ne segue già che debba esser permesso ad ognuno di esercitare questo impero. La legge civile non deve, dicesi, esser contraria alla legge naturale. Questo è vero riguardo a ciò che la legge naturale comanda o proibisce; ma la legge civile può ristringere la legge naturale in ciò che questa non fa che permettere; le leggi civili non sono per la maggior parte altro che restrizioni di ciò che la legge

naturale permette quindi quantunque secondo il puro diritto naturale la caccia sia permessa ad ogni particolare, il principe tuttavia ha il diritto di riservarla a sè e ad un certo genere di persone, e ad altre negarlo. La caccia essendo un esercizio proprio a distrarre i villici e gli artigiani da' loro rispettivi lavori, ed i mercatanti dal loro commercio, era utile, tanto pel loro privato che pel pubblico interesse, di loro vietarla. La legge che proibisce la caccia è dunque una legge giusta, alla quale, sì nel foro della coscienza come nel foro civile, non è permesso a coloro a' quali è vietata di contravvenire.

29. La più antica legge che a nostra cognizione abbia proibita in Francia la caccia a' plebei, è una Ordinanza di Carlo VI del mese di gennajo 1366. Ritrovasi nel Codice delle caccie un articolo di questa Ordinanza che porta: « Nessuno che non sia nobile del nostro regno, qualora non ottenga in ciò un privilegio speciale, ovvero non abbia una espressa commissione per questo da persona che gliela possa o debba dare, oppure se non è ecclesiastico o cittadino che viva de' suoi beni e delle sue rendite ec., ardisca di cacciare, nè tender lacci, o reti per prendere uccelli nè grosse bestie, nè adoprare a tal fine cani, furetti, corde.. ..ec. »

Apparisce da un frammento di una antica istruzione, in materia di caccie, che trovasi in questo stesso libro, che prima di detta Ordinanza la caccia era permessa a tutti i particolari di qualunque basso stato essi fossero, salvo che in certi luoghi, e colla differenza ch' eglino non potessero far uso di macchine o altri stromenti, nè inseguir grosse bestie; ciò che era soltanto permesso a' gentiluomini. »

Ecco ciò che porta l'articolo [illegible]-mo: « le persone non nobili [illegible]-no andare a caccia da per tutto [illegible]-chè nelle conigliere di lepri e [illegible]-gli, servendosi di cani levrieri [illegible] caccia, ed altri, di uccelli [illegible] ec. ec.; ma è loro vietato [illegible]-re qualunque sorta di lacci [illegible]-guir grosse bestie, qualora [illegible] non ne abbiano il titolo ». E nell'artico-lo 3 si legge: « I gentiluomini possono andare a caccia di conigli e di lepri, con ogni sorta di lacci eccetto che nelle conigliere; ma se ne hanno, vi posson cacciare a talento ». E nell' art. 4: « È permesso a' gentiluomini di dar la caccia alle grosse bestie nelle loro conigliere ed in quelle de' loro vicini, mediante permesso, e non altrove ».

Notisi che nella precitata Ordinanza di Carlo VI, che proibisce assolutamente la caccia ai non nobili, i cittadini che vivono di possessioni e rendite, cioè quelli che non esercitano alcun mestiere o arte meccanica, nè professione liberale, ne sono espressamente eccettuati.

Francesco I, nella sua Ordinanza del 1515, ha rinnovato i divieti della caccia, aggiungendovi delle pene severissime: ecco ciò che porta il preambolo: « Pervenutoci a cognizione che parecchi individui non avendo diritto di caccia nè privilegio di cacciare inseguono e prendono delle bestie rosse e nere, come lepri, fagiani, pernici. . . . e che in ciò fare perdono il loro tempo che dovrebbero meglio impiegare ne' loro rispettivi lavori, arti meccaniche o altre, secondo lo stato o incumbenza che hanno; le quali cose ridondano in grave danno del pubblico bene ». E nell' articolo 16 è detto: « Proibiamo a tutti i nostri sudditi non nobili, e non aventi diritto di caccia, di tenere cani, reti, lacci, ec. ». Claudio Rousseau e l'autore delle nuove note, osservano che con que' termini, *non aventi alcun diritto di caccia*, i cittadini benestanti che vivono nobilmente, a' quali il diritto di caccia è stato espressamente conservato dall' Ordinanza del 1366, sono eccettuati dalla proibizione contenuta in questo articolo. Codesti autori fanno la stessa osservazione sull' articolo ottavo dell' Ordinanza di Enrico IV del mese di giugno 1601, la quale porta: « E quanto ai mercatanti, artigiani, giornalieri, villici, e [illegible] persone mercenarie, abbiamo loro proibito di tirar d'archibugio [illegible]. »

30. L'Ordinanza del 1669 che regola l'odierna giurisprudenza in materia di caccia, abrogò la distinzione [illegible] da questi autori rapporto

al divieto della caccia fatto a' plebei. Essa la permette nell'articolo 14 soltanto ai signori, vale a dire, ai proprietarj dei feudi ed ai nobili: « Permettiamo, ivi si dice, a tutti i feudatarj gentiluomini e nobili, di cacciare nobilmente coll' ajuto di cani ed uccelli di richiamo ne' loro boschi, macchie, conigliere e campagne, purchè siano distanti una lega almeno dai nostri luoghi di piacere, e d'inseguire eziandio i capriuoli e bestie nere, nella distanza però di tre leghe ».

E nell'articolo 28, essa la vieta indistintamente a tutti i plebei e non nobili, di qualunque stato e professione essi siano, tranne a coloro che sono proprietarj di feudi, i quali, in tal qualità, hanno diritto di caccia in tutta l' estensione de' loro feudi. Ecco com' essa si esprime in detto articolo: « Facciamo divieto ai mercatanti, artigiani, cittadini ed abitanti le città, borghi, parrocchie, villaggi e cascine, villici e giornalieri, di qualunque *stato* e *qualità* essi siano non aventi feudi, signorie e giurisdizioni superiori; di cacciare in alcun luogo, ed in verun modo[1], o di inseguire qualunque selvatico sia quadrupede, sia volatile, sotto pena di cento lire di multa per la prima volta, del doppio per la seconda, e per la terza di essere attaccati per tre ore alla gogna nel luogo della loro residenza, in giorno di mercato, e banditi per tre anni dalla giurisdizione del feudo, senza che, per qualsivoglia causa, i giudici possano moderare la punizione, sotto pena d' interdizione ».

31. Osservisi che la permissione di cacciare, che le ordinanze accordano a'nobili, non dà loro il diritto di caccia sulle altrui terre senza il consenso del proprietario, a cui appartiene il diritto di caccia sulle medesime; ma col di lui consenso eglino vi posson cacciare, senza poter esserne impediti dagli ufiziali delle cacce, poichè, essendo nobili, appartengono ad un ceto, al quale la caccia è permessa dalle Ordinanze. Al contrario i plebei essendo per la loro condizione impediti dall' esercitare la caccia, che è loro espressamente proibita, può ad essi esser vietata [illegible] cacciare sulle altrui terre anche malgrado il permesso che ne avesse loro accordato il padrone del feudo, perchè questi non può accordarlo a coloro a' quali per la loro condizione la caccia è interdetta.

§ 3. *A chi appartenga il diritto di caccia.*

32. Il diritto di caccia appartiene al re nel suo regno. La sua qualità di sovrano gli dà il potere d' impadronirsi, esclusivamente ad ogni altro, delle cose che non appartengono ad alcuno, come sono gli animali selvatici. I feudatarj e tutti coloro che hanno diritto di caccia, lo ripetono dalla sua permissione; e quindi egli può mettere a questa permissione quelle tali restrizioni, e modificazioni che gli pajono più convenienti. Per ciò appunto, nelle diverse Ordinanze in materia di cacce, il re si serve sempre del termine *permettiamo*. In quella di Enrico IV del mese di gennaro 1600, *artic.* 4, è detto: *Permettiamo a tutti i feudatarj e gentiluomini di cacciare ne' loro boschi, macchie o campagne ec.*, ». E nell'articolo 5: *permettiamo di tirare con archibugio, in tutta l' estensione del loro feudo, agli uccelli acquatici ec.*: e lo stesso re, nella sua dichiarazione del 14 agosto 1603, colla quale rivoca la permissione di cacciare con l' archibugio, così s' esprime: *Facendo noi un regolamento generale in materia di caccie, per gratificare la nostra nobiltà, abbiamo nel quinto e sesto articolo permesso ai feudatarj, gentiluomini e nobili di tirar d' archibugio sulle lor terre a qualunque sorta di cacciagione non vietata . . . Ma lungi che una siffatta gratificazione abbia apportato qualche rimedio a' disordini, ec.* »

Questo divieto venne rivocato da un'altra dichiarazione dell'anno susseguente. L' Ordinanza del 1669, al- [illegible], fa uso anch' essa del termine *permettiamo*.

33. Il re non ha permesso in tutti i luoghi il diritto di caccia. Vi sono certi luoghi riservati ai piaceri di S. M., che si chiamano *capitanerie reali*, nella cui estensione la caccia è a

chiunque proibita. L'Ordinanza del 1669, *art.* 20, porta: « Proibiamo a qualunque persona, di qualsivoglia qualità e condizione essa sia, di cacciare coll'archibugio o co' cani nell'estensione delle capitanerie delle nostre case reali di S. Germain, Fontainebleau, Chambort, Vincennes, Livry, Compiègne, Bois de Boulogne, Varenne du Louvre, non eccettuati i feudatarj che hanno il diritto di alta giustizia, benchè precedentemente sieno stati muniti di permissioni generali o particolari, dichiarazioni, editti e decreti, che noi rivochiamo; salva a noi la facoltà di accordare nuove permissioni ».

Questa proibizione ha luogo pure sino ad una certa distanza dai limiti delle predette capitanerie. Per la qual cosa vi è detto, all'art. 14: « Permettiamo a tutti i feudatarj, gentiluomini e nobili di cacciare nobilmente coll'uso di cani ed uccelli di richiamo nelle loro foreste, macchie e campagne, purchè si tengano distanti una lega dai luoghi destinati ai nostri piaceri; ed anche inseguire i capriuoli e le bestie nere, nella distanza però di tre leghe ».

È proibito altresì a tutti i feudatarj gentiluomini, ed altre persone, di qualsivoglia stato e condizione, di cacciare nelle foreste, boschetti, luoghi di villeggiatura del re, qualora non ne abbiano titolo o permissione. Ordinanza del 1669, *art.* 13. Queste lettere e permissioni debbono essere registrate al detto tribunale della *Table de Marbre*, giusta l'Ordinanza del 1601, *art.* 1, e del 1697, *art.* 2.

Rousseau nella sua nota all'art. 1, dell'Ordinanza di Francesco I del 1515 che contiene la medesima disposizione, dice che que' termini, *nelle nostre foreste*, comprendono [illegible] che quelle de' particolari ove [illegible] ha diritto di giustizia (*gruerie* [illegible] tro simile, qualora però non [illegible] titolo contrario; e cita in p[illegible] alcune sentenze del predetto t[illegible] le della *Table de Marbre*. [illegible]

34. Riguardo alle terre de' [illegible] colari che non dipendono [illegible] ghi destinati ai piaceri del [illegible] quelle che tengonsi in feudo, il proprietario che le tiene a questo titolo ha solo il diritto di caccia su queste terre, e non già il concedente da cui le tiene in feudo; il tener in feudo una terra, essendo per se cosa nobile, si reputa che colui che accorda queste terre in feudo, abbia voluto accordare non solo i diritti utili, ma eziandio i diritti onorifici che vi sono annessi, come è quello di caccia.

Quantunque la persona che ha conceduto in feudo le terre non abbia il diritto di caccia sulle medesime, la pratica però le ha concesso il diritto di recarvisi qualche volta a cacciare, purchè vi si rechi in persona, e ne usi moderatamente, cioè che vi venga di rado, e solamente quanto è necessario a far conoscere il dominio di superiorità, ch' egli ha sopra il feudo.

Ci resta a osservare relativamente al diritto di caccia che un proprietario di feudo ha sopra il medesimo, che nulla importa che il proprietario sia nobile o plebeo. Questo è appunto ciò che suppone in termini espressi l'Ordinanza nell'articolo 28, ove essa proibisce la caccia a tutti i plebei *non possidenti feudi.*

35. Passiamo alle terre tenute a censo feudale. Il proprietario che le tiene a censo non avendo che i diritti utili, non può avere sulle dette terre il diritto di caccia, che è un diritto di onore, il quale in tal caso appartiene al padrone che le ha date a censo feudale; perchè questi nel concedere al suo censuario i soli diritti utili si è conservato il diritto di caccia, che è un diritto di onore annesso al dominio diretto che egli ha conservato sulle sue terre.

36. Si è fatta la quistione, se un gentiluomo proprietario di terre da lui però tenute a censo, sebbene il diritto di caccia appartenga a colui che gliel'ha date a censo, non debba almeno avere della sua qualità di gen[illegible] il diritto di cacciarvi perso[illegible] egli stesso. Dicesi a favore [illegible]omo, che l'Ordinanza del [illegible] 14, permette ai gentiluo[illegible] cacciare ne' loro boschi, macchie e campagne senza distinguere se [illegible] le tengano in feudo o a censo; [illegible]sero la permissione di cac-

cia toltanto su quelle terre ch' essi tengono in feudo, e delle quali possono dirsi padroni, avrebbe bastato in questo articolo il dire i *feudatarj*, e sarebbe stato inutile l'aggiungervi *gentiluomini e nobili* Se il gentiluomo non avesse diritto di caccia sopra le terre senonchè quando ei le tiene in feudo, non vi sarebbe alcuna differenza tra il gentiluomo ed il plebeo, giacchè questi ha al pari di quello il diritto di cacciare nelle terre che tiene in feudo; ciò non di meno l' Ordinanza del 1669, come pure le precedenti, ne suppongono una notabilissima, giacchè esse permettono la caccia ai gentiluomini, e la vietano ai plebei. Finalmente si aggiunge che il feudatario, nel cui feudo il gentiluomo ha una terra a censo, non ripetendo il suo diritto di caccia che dalla permissione del re, non deve essergli grave che il re abbia accordato a questo gentiluomo una simile ricreazione nella sua terra, da cui questo feudatario non risente verun pregiudizio.

Nulla ostante queste ragioni, mi risovviene che in una lite tra il feudatario di *Châteauneuf-sur-Loire* ed un gentiluomo di antica prosapia, il quale era proprietario di una terra nel suo distretto, fu giudicato che il gentiluomo non aveva diritto di cacciare sulla sua terra. La ragione è che tenendo quella terra a censo egli non può pretendere che i diritti utili della medesima: non ha dunque quello di cacciarvi, non essendo questo un diritto utile, ma un diritto di onore, che il feudatario, il quale ha data la sua terra a censo, si è riservato.

Sebbene il re accordi ai gentiluomini la permissione di cacciare, tuttavia eglino usar non ne possono che sopra i loro feudi, o su quelli dei proprietarj che volessero loro permetterlo. Non si può dire perciò, che [illegible] la permissione di cacciare che [illegible] accorda a questo gentiluomo [illegible] riesca inutile, perchè essa gli concede la facoltà di cacciare dovunque il proprietario del feudo, a cui appartiene il diritto di caccia, si compiaccia permetterglielo; dovecchè non è permesso al plebeo di cacciare sull' altrui feudo, neppure colla permissione del proprietario. Tuttochè, parlando a rigore, la cosa debba esser così, fa di uopo non di meno confessare ch' è ben crudele e inumano quel feudatario, il quale priva un gentiluomo di una tale ricreazione sulla sua terra che da lui tiene a censo, ov' esso però non ne abusi.

37. Ci resta a parlare delle terre allodiali, vale a dire che non dipendono da alcun feudatario, fuorchè in materia di giudicatura. Vi sono due specie di allodio, cioè il nobile ed il plebeo: l' allodio nobile giusta la definizione che ce ne dà lo Statuto di Parigi, art. 68, è *quello in cui avvi diritto di giudicatura, censo, o feudo proveniente da lui*, cioè quello a cui è annesso un diritto di giustizia, o che, senza aver diritto di giustizia, ha però de' vassalli, o almeno de' censuarj dipendenti da esso; ma tale terra è una terra nobile, che nelle eredità si divide nobilmente al pari di quelle tenute in feudo. L' allodio che dicesi plebeo, perchè si divide nelle successioni come i beni ignobili, è quello a cui non è annesso verun diritto di giustizia, e che non ha alcun vassallo, nè censuario dipendente da esso.

Riguardo agli allodj nobili, ed a quelli eziandio a' quali non è annesso alcun diritto di giustizia, ma che però hanno vassalli o censuarj che ne dipendono, non v' ha dubbio che quelli che ne sono proprietarj, tanto se siano nobili, quanto se siano plebei, hanno egualmente il diritto di caccia sopra codeste terre, come pure su quelle che ne dipendono in qualità di censo, perchè queste terre, a motivo de' vassalli e censuarj che ne dipendono, sono altrettanti feudi o signorie. Ora, l' Ordinanza del 1669, art. 28, suppone che i plebei abbiano [illegible] diritto di cacciare ne' loro feudi [illegible] signorie, in virtù di quei termini: *proibiamo ai. . . . plebei non* [illegible]*nti feudi, signorie ec.*

[illegible] agli allodj plebei, se il [illegible] è gentiluomo, è indubitato ch' egli vi abbia il diritto di [illegible] il proprietario plebeo può [illegible]enderlo? Si può dire per l'af[illegible]tiva che se i proprietarj di ter-

re tenute in feudo hanno il diritto di caccia sulle medesime, molto più il proprietario di una terra tenuta in allodio deve averlo, imperocchè egli ha su questa terra tutta la pienezza del dominio, e per conseguenza un dominio più perfetto, che non è quello del proprietario di una terra tenuta in feudo. Si dice al contrario che gli animali selvatici che passano sopra una terra, o anche che vi si nutriscono, essendo nel numero di quelle cose che non appartengono ad alcuno, tanto i detti animali che il diritto di predarli non sono una dipendenza della terra. Non è dunque il dominio della terra, per quanto siasi perfetto, che vi dia il diritto di caccia. Il re essendosi riservato questo diritto per sè, e per coloro a' quali piacegli partecciparlo, nessuno ha il diritto di caccia nelle sue proprie terre, qualunque sia la perfezione del suo dominio, senonchè quando il re glielo abbia accordato. Ora il re non ha accordato il diritto di caccia ai plebei che sopra i loro *feudi, signorie e superiori giurisdizioni*, giusta l' *art.* 28. L' allodio plebeo non avendo alcuna di siffatte qualità, non essendo nè feudo, nè signoria, il plebeo che n' è proprietario non vi può pretendere il diritto di caccia. Questo è il parere dell' autore delle note sull' *art.* 14 della precitata Ordinanza.

38 I feudatarj aventi diritto di alta giustizia, hanno pur quello di caccia in tutta l' estensione della loro giurisdizione; essi hanno questo diritto, non solo nel loro feudo, ma in quelli eziandio degli altri che si trovano situati nella predetta giurisdizione. Così porta l' art. 26 della Ordinanza del 1669, che dice: « Dichiariamo tutti i feudatarj di alta giurisdizione, sia che tengano le terre a censo o no, in diritto di poter cacciare per tutta l' estensione della loro giurisdizione, ancorchè il [illegible] della parrocchia appartenga [illegible] altro (vale a dire, quando [illegible] feudo o i feudi che [illegible] tuati nell' estensione della [illegible] nella quale hanno diritto di amministrar giustizia, non [illegible] ad essi, ma ad altri); senza [illegible] eglino possano mandarvi a caccia [illegible] runo de' loro domestici, nè altre persone in loro vece, nè impedire il proprietario del feudo della parrocchia di cacciare nell' estensione del di lui feudo ».

Il feudatario avente diritto di alta giustizia ha questo diritto di caccia sopra i feudi degli altri feudatarj, che si trovano situati entro l' estensione della sua giurisdizione giudiziale, ancorchè questi feudi non dipendessero punto dal suo.

A tenore di questo articolo, due diversi feudatarj ed anche tre possono aver diritto di caccia sopra le medesime terre, cioè, il signore proprietario del feudo, il signore che ha diritto di giustizia entro la cui giurisdizione esse sono situate, ed il primo feudatario da cui il proprietario del feudo tiene in feudo dette terre, come lo abbiamo veduto *supra*, n. 34. Ma i diritti di questi varj feudatarj sono differenti. Il vero proprietario del diritto di caccia sulle predette terre è il proprietario del feudo. Il diritto di quello da cui il proprietario tiene le terre in feudo, non è che una facoltà accordatagli soltanto per convenienza, e non solo è personale, ma ne deve usar di rado. Il diritto del feudatario giurisdizionale è anch' esso un mero diritto personale, che per onore gli si accorda in riguardo alla podestà pubblica di cui è rivestito.

39 Il diritto di caccia che hanno i feudatarj di alta giurisdizione sull' altrui feudo, essendo un diritto loro personale, non possono esercitarlo che personalmente e non inviarvi i loro domestici o altre persone per parte loro. Egli non potrebbe mandarvi a caccia neppure i suoi proprj figli.

40. Allorchè la giurisdizione appartiene a più persone, affinchè i proprietarj de' feudi che trovansi sotto tale giurisdizione, non sieno troppo aggravati, i proprietarj del diritto di giurisdizione non possono tutti recarvisi a caccia; ma quegli soltanto che ha [illegible] principale nel diritto di giurisdizione. Così l' art. 27: « Se il diritto di alta giurisdizione è diviso tra più figli o particolari, quegli soltanto cui apparterrà la principale porzione, avrà diritto di andar a caccia nel

circondario della sua giurisdizione, ad esclusione degli altri aventi lo stesso diritto che non avranno parte nel feudo ».

Il senso di que' termini *che non avranno parte nel feudo* è questo, che è soltanto per riguardo agli altrui feudi inclusi nell' estensione della loro giurisdizione, che il diritto di cacciarvi è limitato a colui che ha la parte principale nel predetto diritto di alta giurisdizione. Ma riguardo al feudo che appartiene in comune a tutti i proprietarj del diritto di giurisdizione, ciascuno di essi ha diritto di recarvisi a caccia, nella sua qualità di proprietario di questo feudo.

L' articolo continua: « E se le porzioni fossero eguali, quella che procede dalla porzione del primogenito avrebbe questa prerogativa solamente a questo riguardo, e senza alcuna conseguenza relativamente agli altri loro diritti ».

Per esempio: ne' paesi di diritto scritto, trattandosi di divisione *ab intestato* de' beni nobili di una eredità, la parte del primogenito è eguale a quella di ciascuno de' suoi fratelli e sorelle. Se un diritto di giurisdizione è stato diviso tra figli per eguali porzioni, il solo primogenito, o il suo successore nella porzione toccatagli nel predetto diritto di giurisdizione, sarà quello che godrà del diritto di caccia ne' feudi appartenenti ad altri, e che trovansi inclusi nel circondario di detta giurisdizione.

§ 4. *In qual modo quelli che hanno diritto di caccia debbano usarne.*

41. Il diritto di caccia essendo un diritto onorifico anzichè utile, coloro che lo hanno, non debbono usarne che per mero piacere, e non già per lucrarne. Perciò non debbono farne uso che per procurare a sè stessi un onesto divertimento ed ai loro figli ed amici.

L' editto di Enrico IV del mese di giugno 1601, *art.* 4, permetteva a coloro, i quali avevano il diritto di caccia, di farne uso col mezzo di cani ed uccelli di richiamo, servendosi eziandio a cotal fine dei loro custodi, castaldi e domestici, inseguendo qualunque sorta di selvaggina: e nello *articolo* 5, permette loro del pari di far tirar di archibugio da detti loro domestici agli uccelli ed altri animali di passaggio; ma posteriormente con dichiarazione del 3 marzo 1604, la quale permette ai feudatarj e gentiluomini di tirar d' archibugio a qualunque sorte di selvaggina, vi è detto: « senza però che i loro affittuarj, fattori e domestici ne possano usare in qualsivoglia maniera ». Esso permette solamente a coloro, che sono sessuagenarj o infermi, di far tirare a cacciagione non vietata, da uno dei loro domestici, de' quali eglino dovrano rispondere, ed in loro presenza soltanto.

La disposizione di questo articolo venne estesa ancora alle vedove ed agli ecclesiastici. Noi troviamo nel Codice delle cacce una sentenza dell' 11 luglio 1676, la quale ordina, riguardo ad una vedova feudataria, *ch' essa non potrà far cacciare sulle sue terre, quando si troverà presente sul luogo, che da un sol uomo ch' ella dovrà indicare alla cancelleria.*

Quantunque questa legge non sia stata espressamente rivocata da una altra, nulladimeno essa è caduta in dissuetudine; ed oggidì è tollerato che tutti i proprietarj de' feudi indistintamente facciano cacciare i loro custodi o altri domestici ne' loro feudi.

42. Il diritto di caccia essendo un diritto di onore, che non è stato accordato per ritrarne profitto, ne viene in conseguenza che non è permesso ai feudatarj di darlo in affitto, nè nella locazione del fondo, nè separatamente. Gli affitti, che il feudatario facesse di questo diritto, sarebbero assolutamente nulli, nè produrrebbero alcuna obbligazione nè da una parte nè dall' altra. Esistono a questo riguardo parecchi regolamenti nel Codice delle cacce.

43. [illegible] per altro non deve estendersi alle conigliere ove sianvi de' conigli, poichè è lecito di ricavarne profitto ed anco affittarle, siccome affittasi una colombaja piena di piccioni. Così osserva l' autore del Codice delle cacce sull' *art.* 10 della Ordinanza del 1669.

43. I proprietarj de' feudi debbono altresì osservare più cose riguardo al diritto di caccia che hanno sopra il loro feudo. 1.° Debbono andar a caccia soltanto della cacciagione non proibita. L' articolo 2.° dell' Ordinanza di Enrico IV di giugno 1601 proibisce la caccia del cervo, cerva e cerbiatto a chiunque, tranne a coloro che ne hanno un' espressa permissione, o che sono autorizzati da titoli, licenze e concessioni debitamente verificate. L' Ordinanza del 1669, *art.* 15, divieta parimenti la caccia del cervo e della cerva.

44. 2.° Non è loro permesso di andare a caccia che ne' luoghi non proibiti. Noi già abbiamo veduto, *n.* 33, che non era permesso di andare a caccia, in qualsivoglia modo ciò facciasi, ne' luoghi riservati ai piaceri del re, e dentro una lega di distanza dai medesimi; come pure non è permesso di andare a caccia di caprioli e bestie nere a tre leghe di distanza dai predetti luoghi; Ordinanza del 1669, *art.* 14, nè di tirare a volo nella distanza di tre leghe.

45. 3.° Non debbono cacciare nei tempi proibiti. L'Ordinanza del 1669, *art.* 4, proibisce di andare a caccia di notte ne' boschi con armi da fuoco.

L' articolo 18 della stessa Ordinanza divieta la caccia a piedi o a cavallo con cani o uccelli di richiamo sopra le terre seminate, dopo che il frumento è in ispiga; e nelle vigne, dopo il primo di maggio sino alla vendemmia, sotto pena di privazione del diritto di caccia, di cinquecento lire di multa, e del risarcimento dei danni e interessi ai particolari che ne avessero sofferto.

46. 4.° Finalmente essi debbon usare di tal diritto nel modo loro permesso dalle Ordinanze; cioè coll' ajuto di cani ed uccelli di richiamo; *art.* 14, o coll' archibugio; ma non è loro permesso di cacciare con istromenti proibiti. L' Ordinanza del mese di gennajo 1600, *art.* 9, e quella del 1601, *art.* 9, indicano gli stromenti vietati che non è lecito di fabbricare, nè di esporre in vendita, che sono gli strascini, i butrj, i giacchi; [illegible] daini di corde e filo d' acciajo, le trappole ec.

L' Ordinanza del 1669, *art.* 16, conformemente alle antiche Ordinanze, proibisce parimenti la caccia coi cani da fermo; ma sembra che questa disposizione sia caduta in disuso, e non è punto osservata.

§ 5. *Del diritto che hanno coloro, cui compete il diritto di caccia, d' impedir altri a cacciare.*

47. Il diritto di caccia, che hanno i proprietarj de' feudi, consiste non solamente in quello di andar a caccia eglino stessi sui loro feudi, e di lasciarvi andare i loro figli ed amici; ma eziandio d' impedire che altri vi vadano.

Possono tenere a questo fine una o più guardie di caccia, che fanno riconoscere o nelle loro giurisdizioni, se ne hanno, ovvero al magistrato delle acque e foreste; e sopra i processi verbali delle loro guardie, possono detti proprietarj dei feudi o a loro richiesta, o se hanno l' alta giurisdizione a quella de' loro procuratori fiscali, citare i particolari che si fossero trovati a caccia sui loro feudi senza loro permissione, e farli condannare alle pene portate da' regolamenti.

Non è lecito a' feudatarj e loro guardie ricorrere ad alcuna via di fatto per impedire la caccia. Allorchè le guardie trovano qualcuno in contravvenzione, non debbono costringerlo a lasciare il suo fucile; ma debbono contentarsi di stendere il loro processo verbale.

48. Il diritto che ha il proprietario del feudo d'impedire che altri vadano a caccia sopra il suo feudo, ammette tre eccezioni: 1.° a riguardo del feudatario che ha diritto di alta giurisdizione, *supra*, n. 38; 2.° a riguardo del feudatario da cui dipende il suo feudo, *ibid.*; 3.° l' uso ha introdotto una terza eccezione, ed è che se il mio vicino ha dato la caccia sopra il suo feudo ad un animale selvaggio, io non posso, finchè i suoi cani lo inseguono, impedir d' inseguirlo sopra il mio feudo.

49. Coloro ai quali è vietata la caccia, possono esser impediti di cacciare, non solamente dal proprietario del feudo sul quale fossero stati sorpresi,

ma eziandio dall' uffiziale incaricato del ministero pubblico per questa parte.

ARTICOLO III.

Della pesca e dell' aucupio.

§ 1. *Della pesca.*

50. I pesci che si trovano in mare, ne' fiumi, ne' laghi ec., essendo in *laxitate naturali*, sono tra quelle cose che non appartengono ad alcuno: la pesca che se ne fa è un genere di occupazione per cui i pescatori acquistano il dominio de' pesci che prendono, e de' quali si impadroniscono mediante la pesca che ne fanno.

51. Il mare essendo nel numero delle cose comuni, la cui proprietà non appartiene ad alcuno, e l' uso del quale è a tutti permesso, è sempre stato ed è ancora permesso ad ognuno di pescarvi.

52. Secondo il diritto romano, quantunque i fiumi compresi nell' estensione dell' impero romano fossero annoverati tra le cose pubbliche, la proprietà delle quali apparteneva al popolo romano, tuttavia l' uso ne era lasciato ad ognuno, ed era permesso a chiunque di pescarvi.

Diversa è la cosa secondo il diritto francese. Il re, a cui appartiene la proprietà di tutti i fiumi navigabili del suo regno, non ne permette la pesca ai particolari. Il diritto di pesca ne' predetti fiumi è un diritto demaniale che appartiene al sovrano, ed a coloro che tengono questo diritto di pesca per contratto fatto col demanio, in qualche parte limitata di detti fiumi. Gli appaltatori del demanio affittano questo diritto di pesca a dei pescatori, nè ad altri che a questi è permesso il pescarvi.

53. Riguardo a fiumi non navigabili, essi appartengono ai diversi particolari che sono muniti di un titolo, o se ne trovano in possesso per dirsene proprietarj nell' estensione indicata ne' loro titoli o nel loro possesso. Quelli che non appartengono a de' particolari proprietarj appartengono ai feudatarj di alta giurisdizione, entro la cui giurisdizione detti fiumi scorrono; *Loyseau, Trattato dei Feudi*, cap 12. n. 120. Non è permesso di pescare entro i detti fiumi senza il consenso di quelli cui essi appartengono.

54. Le Ordinanze vogliono che coloro i quali pescano senza diritto, sia ne' fiumi del re, sia ne' fiumi o stagni de' particolari, siano puniti come ladri. Non è già che quegli che pesca senza diritto commetta propriamente un furto de' pesci che prende a danno del proprietario del fiume o dello stagno, in cui gli ha pescati; perchè l' essenza del furto consiste nell' essere *interversio possessionis. Scaevola ait, possessionis furtum fieri; denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri*; *l.* 1, § 15, *ff. Si is qui test. liber. etc*, Ora il proprietario del fiume o dello stagno in cui si sono pescati i pesci, possedeva, a dir vero, un fiume, un canale, uno stagno pieno di pesci; ma non possedeva propriamente i pesci che vi sono stati pescati, codesti pesci, che si trovano in *laxitate naturali*, non erano da alcuno posseduti, quindi non si può dire propriamente che gli siano stati rubati. Perciò l' Ordinanza non dice che coloro che pescano senza diritto e senza permissione negli altrui fiumi o stagni, siano ladri; ma dice soltanto che saranno puniti *come ladri*, vale a dire, colle medesime pene inflitte a' ladri; perchè la malizia che racchiude il delitto di coloro che pescano negli altrui fiumi o stagni, rassomiglia a quella del furto, che consiste nel recar danno ad altrui nelle sue sostanze per trarne vantaggio, giacchè colui che pesca senza diritto di pescare, mi pregiudica in siffatto diritto, che è una mia proprietà, diminuendo con la pesca che ei fa, senza diritto, a suo vantaggio, il prodotto di quella ch' io vi debbo fare.

55. Riguardo ai pesci che trovansi in un serbatojo, essendo questi *sub manu* ed in possesso di quello che li custodisce, e che può andare a prenderli tutte le volte che gli aggrada, non vi ha dubbio che chi si facesse a pescarveli senza diritto, commetterebbe un vero furto a danno di colui al quale questi pesci appartengono.

§ 2. *Dell' aucupio.*

56. L' aucupio è un altro genere di occupazione, per cui l' uccellatore acquista il dominio degli uccelli che prende.

È permesso ad ognuno di prendere qualunque specie di uccelli, mediante canne da vischio, fuorchè la selvaggina ed i piccioni; ma gli uccellatori non possono mettere queste canne che in aperta campagna, non essendo ad essi permesso di entrare nelle chiusure senza la permissione dei proprietarj.

57. Allorchè un uccello addimesticato, come un pappagallo, una gazza, un canarino, è fuggito dalla casa del suo padrone, il vicino, che lo ha preso, è obbligato a restituirlo a colui al quale esso appartiene, giacchè questi non ne perde la proprietà finchè conserva la speranza di ricuperarlo. I doveri di buon vicinato obbligano anche colui che lo ha preso d' informarsi nel quartiere chi sia quegli che lo ha perduto, affine di rendergliela.

ARTICOLO IV.

Dell' invenzione, de' tesori, delle cose perdute o smarrite, e della scoperta de' paesi disabitati.

§ 1. *Dell' invenzione.*

58. Un' altra specie di occupazione è quella per la quale colui che trova una cosa, che non appartiene ad alcuno, ne acquista il dominio coll' impadronirsene.

Si possono riferire a questo genere di occupazione le pietre atte ad essere tagliate che si trovano sulle sponde del mare e de' fiumi, come pure le conchiglie che si raccolgono sul lido del mare. Queste cose essendo del numero di quelle che sono rimaste nella comunione negativa, e la di cui proprietà, finchè rimangono in questo stato, non appartiene ad alcuno, ognuno ha diritto di acquistarne la proprietà raccogliendole. *Lapilli, gemmae, caeteraque quae in littore invenimus, jure naturali nostra statim fiunt*; *l.* 13, *ff. de divis. rer.*

59. Parimenti riferirsi possono a questo genere di occupazione, che si chiama invenzione, i fanghi e le immondezze delle strade che i giardinieri di Orleans fanno raccogliere tutti i giorni da' loro stallieri per servirsene ad ingrassare le terre. Questi fanghi e lordure sono cose che non appartengono ad alcuno; lo stalliere nel raccoglierle e caricarle nella cesta del suo asino ne acquista il dominio al suo padrone, pel quale ed a nome del quale ei le raccoglie, *Jure inventionis et occupationis.*

60. Per la stessa ragione si può riferire a questo genere di occupazione quella delle cose di cui quegli cui esse appartenevano, ne ha abdicata la proprietà; cotali cose non appartengono più ad alcuno, e quegli che se ne impadronisce, ne può acquistare il dominio con questo genere di occupazione: *Pro derelicto rem a domino habitam si sciamus, possumus acquirere*; *l.* 2, *ff. pro derelic.* Per esempio, non si può dubitare che i gusci de' piselli, i torsoli de' cavoli o delle insalate ed altre simili cose che si trovano sulla strada, siano veramente cose *pro derelictis habitae*: un povero che le raccolga per cibarsene, ne acquista il dominio *jure inventionis et occupationis.*

Similmente, non è a dubitarsi che lo scheletro di un cavallo, che si getta dopo averlo scorticato, non sia una cosa *pro derelicto habita*, della quale colui al quale apparteneva il cavallo ne ha abdicata la proprietà, e quindi non appartiene ad alcuno. Un artigiano che fa de' lavori i quali esigono delle ossa di cavallo, può dunque lecitamente prendere dal carcame abbandonato quelle ossa che più fanno al suo bisogno, e ne acquista il dominio *jure inventionis et occupationis.*

61. Non bisogna però confondere con le cose che sono *pro derelictis habitae* quelle che si sono smarrite, e che hanno ancora verosimilmente un padrone, tuttochè sconosciuto. Queste cose si chiamano nel linguaggio francese *épaves*, noi ne tratteremo particolarmente nel paragrafo 3.

62. Si è promossa altresì la questione se un tesoro che sia scoperto, appartenga a questo genere di occupazione; noi ne tratteremo particolarmente nel seguente paragrafo.

63. Ci resta a parlare di una quistione che è quella di sapere se, per acquistare il dominio delle cose che noi troviamo e che non appartengono ad alcuno, abbisogni porvi sopra la mano, oppure basti di averla guardata coll' intenzione di raccoglierla e di appropriarsela; cosicchè se due persone avessero scorta nel medesimo tempo una di tali cose e con siffatta intenzione, essa dovesse loro appartenere in comune. Si può allegare a sostegno di quest'ultimo sentimento ciò che dice la legge 1, § 21, ff. *de adquir. posses. Non est necesse corpore et actu apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu.* Una simile pretensione di aver la sua parte in una cosa che un altro ha trovata, quando pretendesi averla scorta contemporaneamente a lei, è molto antica. Noi ne troviamo un vestigio in Plauto, *in Rudente*, act. IV, sc. 3. Tracalione chiedeva a Grippo che gli desse la sua porzione di un pesce che questi avea pescato. Grippo a tal domanda rispose, *Quemne ego excepi e mari?* Tracalione risponde: *Et ego inspectavi e littore.*

Noi ne troviamo un altro vestigio in Fedro. *Fab. V*, 6.

Invenit calvus forte in trivio pectinem;
Accessit alter aeque defectus pilis:
Eja, inquit, in commune (1) *quodcumque est lucri.*

Non ostante siffatte ragioni, io son di parere che per acquistare la proprietà di simili cose non basti di averle scorte ed aver avuto l' intenzione di appropriarsele; ma sia d'uopo altresì di averle raccolte, o da noi stessi o per mezzo di alcuno che le abbia prese per noi in nostro nome. Il possesso che acquistasi *oculis et affectu*, nel caso della tradizione, è piuttosto un possesso civile e finto, che un possesso reale. Per l' occupazione ed il possesso reale, bisogna impadronirsi della cosa, tenerla, sia nelle nostre mani, sia con qualche cosa che ci serva per ciò d' istromento. Quindi io credo che quando due persone hanno scorta una di tali cose che non appartengono ad alcuno, coll' intenzione di acquistarla, essa debba appartenere a quello che è stato più diligente nel prenderla, e impossessarsene. Aggiungasi, che se si attribuisse la cosa a colui che primo l' avesse veduta, ciò darebbe luogo a delle contese, ove tra più persone ciascuno pretenda averla scorta il primo, ed avere prevenuto l' altro; laddove che si evitano tutte coll' attribuirla a colui che primo se ne è impossessato.

§ 2. *De' tesori.*

64. Si è mossa la quistione, riguardo ad un tesoro nascosto sotterra in un campo o in una casa, s' esso dovesse appartenere *jure inventionis* a colui che lo aveva trovato, o al proprietario del campo o della casa ove era stato trovato, *jure accessionis*, essendone come una specie di dipendenza. I giureconsulti romani troncarono una siffatta quistione coll' accordare la metà del tesoro a colui che lo aveva trovato, e l' altra metà al proprietario del fondo; *Instit. de rer. divis.* § 39.

Secondo il diritto francese, il tesoro dividesi tra il feudatario che ha l' alta giurisdizione nel cui circondario il tesoro è stato trovato, tra il proprietario del luogo dove è stato rinvenuto, e colui che lo ha trovato, i quali ne debbono avere una terza parte per ciascuno.

65. Colui che ha trovato un tesoro, non ha diritto di pretendervi parte senonchè quando l' abbia casualmente trovato; come allorchè uno scavatore di fosse, scavandone una in un campo per ordine del proprietario vi scopre un tesoro; ovvero quando un nettapozzi, o un votacesso, votando un pozzo o una latrina, vi trova un tesoro. Ma se taluno senza il consenso del proprietario avesse fatti degli scavi in un campo affin di cercarvi un tesoro, e che effettivamente ne avesse trovato uno, la legge unica, Cod. *de Thesauris*, ordina

(1) Io ne ritengo la mia porzione.

non potervi egli pretendere in tal caso veruna parte, perchè non dee profittar di un delitto da lui commesso facendo degli scavi nell'altrui fondo senza il consenso del proprietario.

66. Notisi che noi non intendiamo per tesoro che una cosa di cui non si ha alcun indizio a chi anticamente ella abbia appartenuto. *Thesaurus*, (dice Paolo) ***est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat***; *l.* 31, § 1, ff. *de adq. rer. dom.* Ma quando vi è qualche indizio o presunzione che faccia conoscere la persona che ha nascosto il danaro, o qualunque altra cosa nel luogo dove fu rinvenuta, la cosa in tal caso non dee passare per un tesoro, ed essa appartiene a colui che l'ha nascosta, o a' suoi eredi, cui quegli che l'ha trovata deve restituirla. *Alioquin*, aggiunge Paolo, *si quid aliquis vel lucri causa, vel metus, vel custodiae, condiderit sub terra, non est thesaurus, cujus etiam furtum fit.*

Scevola dà questo esempio: *A tutore pupilli domum mercatus ad ejus refectionem fabrum induxit; is pecuniam invenit, quaeritur ad quem pertineat? Respondit: si non thesauri fuerint, sed pecunia forte perdita, vel per errorem ab eo ad quem pertinebat non ablata, nihilominus ejus eam esse cujus fuerat*; *l.* 67, ff. *de rei vindic.*

Si non thesauri fuerint, vale a dire, ove non apparisca che questo danaro trovato sia un tesoro, come ciò apparirebbe qualora fossero antiche monete che sembrassero da rimotissimo tempo essere state riposte nel luogo ove furono trovate, cosicchè non fosse più possibile di conoscer colui che ve le ha poste. Se al contrario apparisce non essere lunghissimo tempo dacchè quel danaro è stato riposto nel luogo ove fu rinvenuto, *puta*, perchè le specie sieno di marchio moderno, presumesi in questo caso che tal danaro vi sia stato posto dal padre del minore che abitava quella casa; che quel danaro non fosse che smarrito; che per errore soltanto il tutore nel vendere la casa, non lo aveva ritirato dal luogo in cui era; perchè non sapeva che ivi fosse riposto, e che questo danaro avendo sempre continuato ad appartenere al padre del minore, doveva essere restituito al tutore di questo minore suo erede.

§. 3. *Delle cose perdute.*

67. Si chiamano cose perdute quelle, di cui non si conosce il proprietario, come sarebbe un cavallo, una vacca, o cotal altro animale che trovasi errare senza conduttore; una borsa di danaro, una tazza di argento, un anello, un fazzoletto, un orologio, una tabacchiera, o tal altra cosa che trovasi sopra una strada, o che taluno ha lasciato cadere senza accorgersene.

Sebbene colui, al quale queste cose appartengono sia sconosciuto, non è verisimile ch' egli abbia voluto abdicarne la proprietà, ma piuttosto che ei le abbia perdute, e ne conservi sempre la proprietà.

Queste cose non essendo dunque tra quelle che non appartengono ad alcuno, esse hanno un padrone, comecchè sconosciuto; non sono quindi suscettibili di quel genere di acquisto che si fa a titolo di occupazione. Quegli che le ha trovate, non solamente non ne acquista il dominio, ma non ha tampoco il diritto di ritenerle sino a che il proprietario presentisi e le reclami; e quando non vengono reclamate da alcuno, egli non dee profittarne. Il diritto di appropriarsi, esclusivamente a tutt' altri, le cose perdute che non sono state per anco reclamate, è in Francia un diritto annesso a quello di superiore giurisdizione, che è stato attribuito al feudatario, avente un tale diritto per compensarlo delle spese ch' ei fa per far amministrare la giustizia.

Vi sono alcuni Statuti che accordano questo diritto sulle cose perdute a quello che aveva la media giurisdizione, come quelli di Tours, Lodunois, Amiens; quello di Orleans ammette anche quello che ha la bassa giurisdizione al diritto sulle cose perdute allorchè non eccedono la somma fino alla quale egli ha diritto di far giudicare.

Lo Statuto d'Anjou lo accorda egualmente a colui che ha la bassa giurisdizione. In quello di Blois, que-

gli che ha una tale giurisdizione ha diritto di avere nel prezzo delle cose perdute sette soldi e sei denari, quegli che ha la media sessanta soldi, ed il rimanente appartiene a quello che ha l' alta giurisdizione.

68. Quegli che ha trovata la cosa perduta, è obbligato di denunciarla alla giustizia; vale a dire, di andare a farne dichiarazione alla cancelleria del tribunale del luogo ove la cosa è stata trovata. Sopra questa dichiarazione, se la cosa trovata è un animale, il giudice ordina ch' esso sarà posto in uno stallaggio indicato nella sua Ordinanza; se una cosa inanimata, il giudice, secondochè stima conveniente, ordina, o ch' essa verrà portata alla cancelleria per esservi depositata, o ch' essa resterà in deposito sino a nuovo ordine nelle mani di quello che l' ha trovata.

69. Il tempo entro il quale colui che ha trovata una cosa perduta dee denunciarla in giustizia, è differentemente prefisso a norma dei diversi Statuti. Vogliono per la maggior parte che questa denuncia sia fatta nel termine di veniquattro ore. Lo Statuto di Orleans, *art.* 166, e qualche altro accordano soli tre giorni, ed altri ne accordano otto.

70 L' inventore della cosa perduta mancando di denunciarla entro il tempo prefisso, o di avvertirne in qualche altro modo equivalente, *puta* annunciando con pubblici bandi, dee esser condannato ad una multa, che lo Statuto di Orleans, *art* 166, egualmente che parecchi altri Statuti, fissano in uno scudo di sessanta soldi. Altri Statuti lasciano questa multa in arbitrio del giudice.

71. Non è già solamente per l'interesse del feudatario che dee profittar della cosa perduta nel caso che essa non sia reclamata, che quegli che l' ha trovata dee denunciarla alla giustizia o farla pubblicare co' bandi, ma ciò si fa ancora per l' interesse del proprietario della cosa smarrita, acciocchè ei possa essere avvertito del luogo ove essa si trova, o recarvisi a reclamarla. Perlochè lo Statuto d' Orleans, dopo aver detto, nel art. 166: *Quegli che nasconde qualche cosa perduta per più di tre giorni senza dichiararla alla giustizia; o farla pubblicare co' bandi, soggiace alla multa di uno scudo di 60 soldi verso la giustizia*; esso aggiunge: *è tenuto ai danni e interessi del padrone di essa*; vale a dire del proprietario della cosa perduta. Questi danni e interessi consistono in ciò che ha sofferto o ha mancato di guadagnare per la privazione dell' uso della sua cosa per non esserne stato avvertito, e di non aver potuto reclamarla più presto.

72. Allorchè la cosa perduta è stata denunciata in giustizia, essa deve esser custodita durante un certo tempo, e se ne debbono fare parecchie pubblicazioni prima che il feudatario possa farla vendere a suo vantaggio, affinchè il proprietario possa esserne avvertito, ed avere il tempo necessario per venire a reclamarla.

Gli Statuti non sono d' accordo sul numero e sulla forma di siffatte proclamazioni, nè sul tempo che si dee accordare al proprietario della cosa perduta per venire a reclamarla, o reclamare almeno il prezzo pel quale fosse stata venduta. Gli uni vogliono che si facciano tre proclamazioni ogni quindici giorni; altri esigono tre proclamazioni di otto in otto giorni; altri le richiedono per tre domeniche o feste solenni, ed altri per tre giorni di mercato, quelli di Boulogne e Nevers non domandano che una sola pubblicazione al tempo della predica nella parrocchia del feudo in giorno di domenica, ed un' altra in giorno di mercato; quello di Poitou non esige che l'una delle due.

Parimenti, riguardo a' luoghi ove debbonsi fare le dette proclamazioni, parecchi Statuti si limitano a dire *nei luoghi soliti*; altri dicono *al termine della messa parrocchiale del luogo feudale*. Quello di Maine aggiunge *e di due altre parrocchie vicine*. Quello di Alvernia dice, che le proclamazioni debbono farsi in quattro pubbliche assemblee di giustizia (*assises*); quello delle Marche in tre; quello di Brettagna richiede le tre proclamazioni al tempo delle messe solenni, e contentasi d' un' altra al mercato.

Gli Statuti sono pure discordi sul

tempo che accordano al proprietario della cosa perduta per reclamarla; i più indulgenti vogliono che il feudatario accordi un anno per venderle, a meno che non fossero cose soggette a guastarsi, o la custodia delle quali fosse troppo costosa, come sarebbero gli animali; in tal caso queste cose possono benissimo esser vendute dopo le proclamazioni; ma il prezzo ricavato deve rimanere in deposito durante l'anno, ed essere restituito al proprietario qualora in detto tempo ei si faccia conoscere.

La maggior parte degli Statuti non obbliga il feudatario a custodire la cosa perduta che pel corso di quaranta giorni: negli uni prefiggesi il tempo di quaranta giorni durante il quale si fanno le proclamazioni: negli altri è fissato lo stesso periodo, ma questo comincia a decorrere dopo essere state fatte le proclamazioni; nello Statuto d'Orleans, esso decorre dopo il primo bando.

73. In questa varietà di disposizioni statutarie sopra siffatta materia, della quale però lo Statuto di Parigi non fece parola, noi ci limiteremo a riferir quelle che si contengono nello Statuto di Orleans.

Questo richiede due cose prima che il feudatario faccia vendere la cosa perduta a suo profitto: 1.º Alcune proclamazioni. 2.º Il tempo di quaranta giorni durante il quale il proprietario possa recarsi a reclamarla. Ecco come esso si esprime riguardo alle proclamazioni, *art.* 63: « Le cose perdute debbono essere proclamate per tre domeniche consecutive nel discorso della messa parrocchiale, ed alla residenza giudiziale del luogo ove saranno state trovate, in giorno di udienza, e sotto la diligenza dei feudatarj aventi diritto di alta, media e bassa giurisdizione, o di colui che avrà trovate le predette cose ».

L'editto del 1695 ha dispensato i curati dal fare questa sorta di proclamazioni ne' loro sermoni, quindi invece di esser fatte da essi, si fanno alla porta della chiesa al terminare della messa parrocchiale da un usciere che ne stende processo verbale. Nondimeno si trovano anche oggidì de' curati i quali vogliono fare queste proclamazioni ne' loro sermoni; devesi in questo caso ritirare da essi un certificato, che le proclamazioni sono state eseguite.

La chiesa ove debbono farsi queste proclamazioni, è la parrocchia del luogo ove la cosa è stata trovata.

La proclamazione contiene, che il tal giorno, nel tal luogo si è trovata la tal cosa che si dee precisamente indicare e nominare, *puta* un cavallo del tal mantello, con una tal marca, di una tale altezza ec., una tabacchiera di tale materia, di tal figura, di tal peso.

74. Oltre le proclamazioni che si debbono fare ne' sermoni al terminar della messa parrocchiale, lo Statuto vuole che la cosa perduta sia proclamata alla residenza del tribunale del luogo ov' essa è stata trovata, *in giorno di seduta*, vale a dire in giorno di udienza ordinaria, e finchè questa si tiene. Tocca al cancelliere il far questa proclamazione, della quale ne conserva il registro.

La pubblicazione all' udienza non si fa che una sola volta. Lo Statuto ha detto, in verità, che la pubblicazione ne' sermoni parrocchiali farebbesi *in tre diverse domeniche*; ma non ha detto del pari che la pubblicazione al tribunale farebbesi per tre diversi giorni d' udienza, ma ha detto soltanto in giorno di udienza.

75. La seconda cosa che lo Statuto esige si è il periodo di quaranta giorni da accordarsi al proprietario perchè egli possa venire a reclamar la sua cosa. Ecco com' esso si spiega: « Le cose perdute si debbono custodire per quaranta giorni, *art.* 163. Se quegli cui appartiene la cosa perduta comparisce entro detto tempo, a contarsi dalla prima pubblicazione fatta solennemente, essa gli sarà restituita, pagando però le spese di custodia e pubblicazione; ed ove non si trovasse alcuno che si facesse a ricercarla durante il detto tempo, spirato questo, la cosa sarà aggiudicata agli anzidetti feudatarj aventi diritto di superiore giurisdizione, ec. ».

Lo Statuto con quei termini, *dal giorno della prima pubblicazione fatta solennemente*, intende la prima proclamazione che è stata fatta, sia

nel sermone, sia al terminare della messa parrocchiale, sia alla residenza del tribunale; se si è cominciato dalle pubblicazioni nel sermone, prima di far quella alla residenza del tribunale, i quaranta giorni decorrono dalla prima pubblicazione fatta nel sermone o al terminar della messa parrocchiale; se *viceversa* cominciato si fosse dalla pubblicazione alla residenza del tribunale, prima di farla alla chiesa, dal giorno di quella dovrebbe decorrere il predetto periodo di quaranta giorni.

Si osservi però che non devesi contare il *giorno della prima pubblicazione* dopo la quale i 40 giorni debbono decorrere secondo la massima: *Dies a quo non computatur in termino*: se per esempio la prima pubblicazione è stata fatta il primo del mese di aprile, il quale non ha che trenta giorni, il termine di quaranta giorni non spirerà che l' 11 maggio, e l' aggiudicazione non potrà essere validamente fatta prima del 12 maggio.

76. Benchè tutte le proclamazioni siano state fatte, e spirato sia il tempo de' quaranta giorni, tuttavia finchè la cosa perduta non è ancora aggiudicata, il proprietario è ammesso a reclamarla e deve essergli restituita, qualora esso giustifichi che essa gli appartiene e ne rimborsi le spese; *art.* 165.

Ma dopo che la cosa perduta è stata aggiudicata, colui al quale essa appartiene non è più ammesso a reclamarla, nè a pretenderne il prezzo; l' aggiudicazione che ne fu fatta in giustizia purga ed estingue il diritto di proprietà ch'egli aveva su questa cosa, perchè egli ha mancato di reclamarla prima dell'aggiudicazione.

77. L' aggiudicazione si fa dal giudice, pubblicamente, nel luogo, giorno ed ora in cui sogliono farsi le aggiudicazioni.

Le spese di custodia, delle proclamazioni e delle aggiudicazioni si prelevano dal prezzo; e sopra ciò che resta di questo prezzo lo Statuto d' Orleans accorda il terzo a colui che ha trovata la cosa perduta, e che l' ha dichiarata in giustizia; il rimanente appartiene al feudatario che ha diritto di giurisdizione.

Cotesta disposizione dello Statuto d'Orleans, che accorda una parte del prezzo a colui che trovò la cosa, è particolare, nè trovo che il solo Statuto di Brettagna, il quale abbia una simile disposizione.

78. Colui che ha diritto di alta giurisdizione, secondo lo Statuto di Orleans, non è il solo che abbia diritto sulle cose perdute: anche quelli che hanno la media e bassa giurisdizione partecipano di questo diritto sino all' ammontare della somma alla quale ascende il rispettivo loro diritto di giurisdizione. Per la qual cosa all' art. 163 esso dice, che le proclamazioni si faranno *ad istanza dei feudatarj aventi diritto di alta, media e bassa giurisdizione*; e nell' artic. 164, dice che la cosa trovata *verrà aggiudicata ai predetti feudatarj, aventi diritto di giurisdizione, giusta le gradazioni della medesima.*

Secondo lo Statuto d' Anjou, *artic.* 40, e del Maine, *art.* 1, il diritto sulle cose mobili perdute appartiene a quei feudatarj che hanno la media giurisdizione.

79. Giusta poi gli Statuti degli orefici e giojellieri, allorchè qualche sconosciuto porta loro qualche pezzo di argenteria, o una pietra preziosa, essi debbono ritenerla sino a che si dia a conoscere per mezzo di qualche persona della città degna di fede; e quando lo sconosciuto non ritorna, lo che accade più di sovente, i detti orefici e giojellieri denunciano alla giustizia questi pezzi d'argenteria o pietre preziose, le quali si reputano cose perdute, e riguardo ad essi si osserva quanto si è detto più sopra, egualmente che riguardo alle cose perdute.

§ 4. *Degli sciami di api.*

80. Parecchi Statuti considerano quali specie di cose perdute le api che si trovano su qualche albero o in qualche macchia, ed attribuiscono al feudatario, che ha diritto di fare amministrar la giustizia, il diritto di impadronirsene esclusivamente ad ogni altro, col solo obbligo di lasciarne la metà a quello che le ha trovate e denunciate alla giustizia.

Avvi però questa differenza tra

questa specie di cose perdute, e le altre specie ordinarie, che queste appartengono a qualcheduno, comechè sconosciuto, il quale non cessa di esserne proprietario sin che non avendosi fatto conoscere entro il tempo prefisso, esse siano state aggiudicate al feudatario; laddove queste api trovandosi *in naturali laxitate*, non appartengono ad alcuno.

Ancorchè le api fossero scappate da un alveare, non apparterrebbero più al proprietario dell' alveare medesimo, il quale non avendole inseguite, o avendo cessato di tenere loro dietro, non le ha più in suo possesso. Per la qual cosa, giusta il diritto romano, il primo occupante ne acquistava il dominio: *Examen quod ex alveo nostro evolaverit, eo usque nostrum esse intelligitur, donec in conspectu nostro est, nec difficilis ejus persecutio est: alioquin occupantis fit*; *l.* 3, § 4, *ff. de acq. rer. dom.* Questi Statuti hanno attribuito al feudatario che ha diritto di giudicatura, esclusivamente ad ogni altro, questo diritto che a termini di puro jus naturale competeva a ciascuno d' impadronirsene.

81. *Quaeritur*, se presso quegli Statuti che non si sono spiegati in proposito, tali feudatarj abbiano questo diritto? Io avrei della difficoltà ad accordarlo loro. Cotesti sciami essendo cose che non appartengono a veruno, e perciò secondo il puro diritto naturale divengono proprietà del primo occupante, i feudatarj non possono attribuirsi il diritto d' impadronirsene, privativamente ad ogni altra persona, senza una legge positiva che loro lo accordi, restringendo in questo punto il diritto naturale. Gli Statuti che accordano questo diritto ai feudatarj, avendo fórza di legge soltanto nel loro territorio, quei feudatarj, che non vi si trovan compresi, non sono autorizzati da alcuna legge per attribuirsi questo diritto.

§ 5. *Del diritto d' impadronirsi delle cose gettate dal mare sulle sue spiagge (varech et choses gaives).*

82. Il diritto d' impadronirsi delle cose che il mare getta sulle spiagge è un diritto che lo Statuto di Normandia accorda ai feudatarj. Sotto questa espressione di *varech et choses gaives* (è detto nell' articolo 583) sono comprese tutte quelle cose che l'acqua getta a terra, quando il mare è in burrasca; o almeno che giungono sì presso a terra, che un uomo a cavallo le può toccare colla sua lancia.

Cotali cose sono veramente tra quelle che diconsi cose perdute, *épaves*; esse appartengono ad un proprietario che è sconosciuto, imperciocchè quando sono cadute nel mare, quegli che n' era il proprietario non ne ha perduto perciò il dominio di proprietà; egli lo ha sempre conservato, e lo ha trasmesso morendo a' suoi eredi, lo che ha luogo ancorchè il proprietario avesse gettato in mare cotali cose volontariamente per alleggerire il vascello; perchè egli non ha inteso, gettandole per siffatta cagione, di abdicarne la proprietà: *Res jacta domini manet, nec fit apprehendentis, quia pro derelicto non habetur*; l. 2, § 8, *ff. de leg. Rhod.*

Il diritto d'impadronirsi delle cose che il mare getta sulle sue spiagge, diritto che il precitato Statuto accorda su le cose trovate sopra quella parte di spiaggia marittima ove il feudatario ha questo diritto, consiste nella facoltà d' impossessarsene esclusivamente ad ogni altro; e, nel caso che non vengano reclamate nel corso di un anno ed un giorno da' loro proprietarj, di appropriarsele.

Quando dette cose siano di natura da renderne difficile la conservazione, il feudatario può farle vendere giudizialmente; ma deve tenerne una mostra atta a servire alla loro ricognizione ove per avventura fossero in seguito reclamate. Egli dee parimenti lasciarne il prezzo in deposito per essere restituito al proprietario, ove questi si presenti entro l' anno e si faccia conoscere.

§ 6. *Dell' occupazione delle terre disabitate.*

83. Que' naviganti, i quali in un viaggio di lungo corso scoprirono una terra disabitata, possono collo stabi-

lirvisi acquistarne il domiuio di proprietà, *jure occupationis*, come di una cosa che non appartiene a veruno. Se poi questi naviganti ne avessero preso possesso a nome del loro principe, questi ne avrebbe acquistata la proprietà.

Ma quando una terra è abitata, per quanto selvaggi ci sembrino coloro che l' abitano, codesti uomini ne sono i veri proprietarj, e noi non possiamo senza ingiustizia malgrado loro stabilirvici.

ARTICOLO V.

Dell'occupazione semplicemente detta.

84. Oltre le differenti specie di occupazioni riferite negli articoli precedenti, ve ne possono essere parecchie altre, che non avendo un nome particolare, si chiamano semplicemente *occupazione*.

Si può recare ad esempio il caso nel quale io vado a cavar acqua in un fiume; io acquisto il dominio dell'acqua che attingo, e della quale ho riempita la mia secchia, e ciò a titolo di occupazione; imperciocchè essendo quest'acqua una cosa che non appartiene ad alcuno, ed alla quale nessuno ha un diritto esclusivo, io posso, coll' impossessarmene, acquistarne il dominio, *jure occupationis*. Laonde, in caso che ritornando dal fiume io avessi per qualche bisogno lasciata la mia secchia su la strada, coll' intenzione di venire a riprenderla nel luogo ove l'ho lasciata; se in questo frattempo un passeggiero avendola trovata, per risparmiare il cammino per andar sino al fiume, avesse versata nella sua secchia l' acqua di cui era riempita la mia, egli avrebbe commesso verso di me un vero furto, perchè quest' acqua era mia, essendone io divenuto proprietario, e della quale conservava il possesso per la volontà ch' io aveva di venire a riprenderla ove l' aveva lasciata.

Ritengasi che non bisogna confondere il corpo del fiume con l'acqua che vi scorre, la quale si chiama *aqua profluens*. Il corpo del fiume è un gran corpo, che è quello stesso che ha sempre sussistito per lo passato, e che sussisterà per l' avvenire, la proprietà del quale appartiene al sovrano di quegli Stati in cui esso trovasi incluso. L' acqua che vi scorre, e che chiamasi *aqua profluens*, è quell' acqua che nel momento presente trovasi in un tal luogo del fiume, e che nell' istante che segue non vi sarà più, ed alla quale un'altr' acqua succederà. Quest'acqua corrente è rimasta nella comunione negativa del genere umano, la quale appartiene a tutti gli uomini in comune, senza che alcuno possa dirsene il proprietario, finchè essa rimane in questo stato; e ciascuno, per conseguenza, tanto il forestiero quanto il cittadino, la può estrarre dal fiume, ed acquistarne il dominio coll' impossessarsene.

Per lo che Ovidio, nelle sue metamorfosi, fa parlare così Latona ai paesani di Licia, i quali volevano impedirle di cavar acqua per bere.

Quid proibetis aquas? Usus communis aquarum est.
Nec solem proprium natura nec aera fecit,
Nec tenues undas: ad pubblica munera veni.

85. Il giureconsulto Pomponio ci dà un altro esempio di occupazione. Quando taluno fabbrica una casa nel mare, essendo tra le cose che non appartengono ad alcuno, egli acquista, *jure occupationis*, il dominio di quella parte di mare che occupa cogli edifizj da lui costruttivi: *Si pilas in mari jactaverim, et supra eas inaedificaverim, continuo aedificium meum fit: item si insulam in mari aedificaverim, continuo mea fit, quoniam id quod nullius est occupantis fit.* L. 30, § 4, *de adq. rer. dom.*

Lo stesso aveva luogo nel diritto romano riguardo a quell'edifizio che taluno costruiva sulla sponda del mare; questa sponda, giusta i principj del diritto romano, essendo considerata essere, al pari dello stesso mare, rimasta nello stato di comunione negativa, e quindi non appartenente ad alcuno, ognuno poteva acquistare, *jure occupationis*, il dominio di quella parte di sponda che occupava in

virtù dell' edificio che vi aveva costrutto: *Quod in littore quis aedificaverit, ejus erit; nam littora publica non ita sunt ut ea quae in patrimonio sunt populi; sed ut ea quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt; nec dissimilis conditio eorum est atque piscium et ferarum*; l. 14, ff. *d. tit.*

La libertà che ha ciascuno di appropriarsi una porzione del mare o della spiaggia occupandola per mezzo di edifizj che ivi costruisca, riceve questa limitazione, cioè che se ne debba ottenere la permissione del magistrato il quale non l'accorda che in quanto ciò non pregiudichi nè al pubblico, riguardo all'uso della navigazione, nè al privato che vi avesse per lo innanzi edificato; così insegna Pomponio: *Quamvis quod in littore publico in mari extruxerimus nostrum fit, tam decretum praetoris adhibendum est, ut id facere liceat*; l. 50, ff. *d. tit.* E Celso a questo proposito dice: *Id concedendum non esse si deterior littoris marisve usus eo modo futurus sit*; l. 3 § 1, ff. *ne quid in loc. public. etc.*

Un particolare al quale ciò recasse qualche pregiudizio, ha anch'esso il diritto di opporvisi: *Adversus eum qui molem in mare projecit interdictum competit ei cui forte haec res nocitura sit: si autem nemo damnum sentit, tuendus est is qui in littore aedificat vel molem in mare jacit*; l. 2, § 8, ff. *d. tit.*

SEZIONE II.

Di ciò che è preso al nemico.

86. Oltre il diritto di occupazione per cui noi acquistiamo il dominio delle cose che non appartengono ad alcuno coll'impossessarsene, delle quali abbiamo a sufficienza trattato nella sezione precedente, avvi un'altra specie di diritto di occupazione, ch'è del diritto delle genti, per cui un sovrano e coloro a' quali esso comunica il suo diritto, acquistano il dominio delle cose che prendono ai loro nemici in una guerra giusta.

Debbonsi riferire a questa specie di occupazione le conquiste, e il così detto bottino, che formeranno la materia del primo articolo, e le prede fatte sul mare che formeranno quella del secondo. Nel terzo poi tratteremo de' prigionieri di guerra.

ARTICOLO PRIMO.

Delle conquiste e del bottino.

§ 1. *Delle conquiste.*

87. Il diritto di conquista è quello che ha un sovrano che fa la guerra di acquistare, quando la fa giustamente, il dominio delle città, castelli e terre del nemico, coll' impadronirsene.

Sebbene le conquiste, *summo jure*, appartengano al conquistatore, tuttavia allorchè il nemico, sul quale sono state fatte, si sottomette e domanda la pace, le regole della moderazione richiedono che il conquistatore non ritengasi sulle conquiste, se non ciò che basta per indennizzarsi delle spese della guerra, e che restituisca il rimanente al vinto che si è sottomesso.

§ 2. *Del bottino.*

88. Si chiamano bottino, o *praeda bellica*, tutte le cose mobili che i vincitori tolgono ai vinti.

Vi sono due specie di bottino. Il primo è quello che si fa in una battaglia, in un combattimento, o in qualunque altra pubblica spedizione. Siccome la battaglia si dà e si fa la spedizione a nome del re, così si reputa che il re faccia tutto il bottino che vi si fa, ed ei ne acquista il dominio per mezzo delle sue truppe, che non fanno che prestargli il loro braccio, e che ne acquistano per il re ed a nome del re l'intiero bottino che ne vien fatto. Perlochè il giureconsulto Modestino decide, che un soldato il quale sottrae qualche cosa del bottino è colpevole del delitto di peculato: *Is qui praedam ab hostibus captam subripuit, lege peculatus tenetur*; l. 18, *ad leg. Jul. de pecul.*

Quantunque il dominio dell' intiero bottino sia acquistato dal re, qual-

che volta però il generale, col consenso presunto del re, ne distribuisce una parte alle truppe, affine di incoraggirle.

89. La seconda specie di bottino è quella che le truppe fanno nel sacco che viene loro permesso di dare in una città, come fu quello di Berg-op-Zoom. In tal caso il generale, a nome del re, e come riputato avere questo potere da lui, cede alle sue truppe il diritto ch'egli ha *jure belli* di impadronirsi e di acquistare coll'impossessarsene, il dominio delle cose delle quali esso loro permette il sacco: in conseguenza ogni soldato divenendo in certo modo cessionario dei diritti del re, acquista *jure belli* il dominio delle cose di cui si è impadronito nel sacco. Io lascio a' teologi l'esaminare se questo modo di acquistare, ch'è però legale, secondo il diritto rigoroso della guerra, possa conciliarsi colle leggi della carità.

90. Una terza specie di bottino è quello che fa un condottiero commessionato dal re nelle incursioni che ei fa in paese nemico. Si chiamano condottieri que' particolari che si fanno autorizzare dal re, affin di levare a loro spese un corpo di truppe da essi mantenuto e assoldato per fare delle incursioni nel paese nemico. Il re autorizzandoli a fare queste incursioni, loro abbandona tutto il bottino che vi potessero fare, per risarcirli delle spese che fanno.

ARTICOLO II.

Delle prede che si fanno sul mare.

Vedremo nel primo paragrafo chi siano coloro che hanno diritto di fare la corsa sui bastimenti nemici, o sia di inseguirli affin di predarli. Vedremo nel secondo quali siano i bastimenti e gli effetti la di cui preda è legittima. Nel terzo, vedremo cosa debba osservarsi dai capitani de' bastimenti armati in guerra, allorchè hanno fatta una preda, e come se ne distribuisca il prodotto. Nel quarto poi tratteremo dei riscatti.

§ 1. *Chi siano quelli che hanno diritto di corseggiare i bastimenti nemici.*

91. Le prede che si fanno sul mare si fanno o dagli uffiziali di marina del re, comandanti qualche vascello o fregata reale, o da particolari che armano in guerra a loro proprie spese de' bastimenti per corseggiare i bastimenti nemici, e che vi sono autorizzati dal re, mediante una commissione che debbono avere dal suo ammiraglio. Questi particolari sono quelli che chiamansi propriamente *corsali*.

Le prede fatte dagli uffiziali della marina reale appartengono al re; ciò non di meno il re accorda per gratificazione agli uffiziali ed all' equipaggio del bastimento, che ha fatta la preda, una porzione del suo prodotto, come lo vedremo più abbasso.

Riguardo alle prede fatte da' corsali patentati dall'ammiragliato, benchè questi facciano la preda a nome del re, tuttavia il re ne lascia ad essi il prodotto sotto certe condizioni ed a patto di osservar certe formalità, affine d'indennizzarli sì delle spese dello armamento, che de' rischi ai quali si espongono.

92. Siccome non avvi che il solo sovrano che abbia il diritto di fare la guerra, nessun particolare ha diritto di armare un bastimento in guerra, per corseggiare i legni nemici, senza esservi autorizzato dal re, giusta la forma prescritta dall'Ordinanza.

Cotesta forma è, che il particolare, che vuole armare un bastimento in guerra, debba ottenere dall' ammiraglio, che in ciò rappresenta il sovrano, una patente che glielo permetta espressamente. *Vedi* l'Ordinanza della marina, *art.* 1. Egli dee fare registrare questa patente alla cancelleria dell'ammiragliato di quel luogo ove si fa il suo armamento; *art.* 2.

Oltre di ciò si dee dare una cauzione sufficiente sino alla somma di quindici mila lire, la quale resta tenuta per la riparazione dei delitti che potessero esser commessi verso di alcuno durante il tempo della corsa,

sia dal comandante del bastimento, sia dalle persone componenti l' equipaggio.

Sebbene l' armatore non sia tenuto a prestar cauzione senonchè fino all' ammontare della predetta somma, non biaogna però dedurne che non sia egli stesso tenuto alla riparazione de' predetti delitti senonchè fino alla concorrenza di questa somma; egli vi è obbligato per lo totale, qualunque ne fosse la somma; può liberarsene però coll' abbandonare intieramente il suo bastimento.

93. È talmente vero che le sole persone munite della predetta patente dell' ammiraglio, sono in diritto di fare a loro profitto delle prede sopra il nemico, che se il capitano di un bastimento mercantile fosse stato assalito in mare da un bastimento nemico, di cui si fosse reso padrone nel combattimento, la preda da lui fatta del legno nemico non gli apparterrebbe, ma bensì all' ammiraglio, che in questo caso ha i diritti del re; è di costume che l' ammiraglio ne faccia dono sia per lo totale, sia per una parte a colui che ha fatta la preda, senza che ciò abbia alcuna conseguenza.

94. Un armatore il quale senza la permissione del re avesse ottenuta una patente da un principe estero per armare in corso contro i legni nemici, è lo stesso che se non ne avesse alcuna. Così porta l' articolo 3 dell' Ordinanza: « Facciamo divieto a tutt' i nostri sudditi di ricever patenti da verun altro re, principe o potenza estera per armar legni in guerra e corseggiare in mare sotto le loro bandiere, ove ciò non avvenga per nostra special permissione, sotto pena di essere puniti come pirati ».

La disposizione di questo articolo ha luogo quand' anche il francese, che ha ottenuta questa patente da un principe estero, fosse domiciliato negli stati di questo principe stesso; avvegnachè il domicilio non gli fa perdere la qualità di suddito del re che egli ha acquistata colla sua nascita, e non lo dispensa dalle leggi del regno, le quali non permettono ai sudditi del re di servire in tempo di guerra veruna potenza estera, senza un' espressa permissione del re. La disposizione di questo art. 3 è presa dell' art. 4 della dichiarazione del 1 febbrajo 1653, la quale portava: *Proibiamo a tutti i nostri sudditi domiciliati o non domiciliati nel nostro regno o paesi a noi soggetti.* Se questi termini non sono stati ripetuti in questo articolo, ciò fu per brevità, e perchè si è creduto che si dovessero facilmente sottintendere, come lo ha bene osservato Vaslin nella sua nota sopra questo articolo.

L' Ordinanza vietando in questo articolo con termini generali ed indistintamente, di ricever patenti da verun re, principe, o stato estero, il divieto comprende tutte le potenze estere, non solamente quelle che fossero nemiche o neutrali, ma eziandio quelle che fossero amiche ed alleate del re. Tale è il parere di Vaslin sopra siffatto articolo.

§ 2. *Quali bastimenti ed effetti siano di legittima preda.*

95. Tutti i bastimenti appartenenti al nemico, tanto quelli armati in guerra quanto i mercantili, possono essere legittimamente predati, secondo le leggi della guerra, sì dagli uffiziali della marina reale, che dagli armatori corsali muniti della patente regia; *art.* 4.

Bisogna però eccettuare il caso in cui un legno nemico avesse per qualche causa ottenuto un passaporto dal re, e che il capitano potesse mostrarlo; in tal caso il bastimento nemico non deve esser fermato nel suo corso, purchè il tempo indicato nel passaporto non fosse spirato, e purchè il capitano siasi conformato alle condizioni del passaporto.

Lo stesso ha luogo s' egli ha un salvo-condotto di un capitano francese che lo abbia incontrato, purchè il tempo del salvo-condotto non sia spirato; e che si trovi nella direzione del luogo indicato dallo stesso salvo-condotto, ove esso dee recarsi, come lo vedremo al § 6.

96. Non solo il bastimento nemico che è stato predato dicesi di buona preda, ma tutte le merci ed effetti che

si sono trovati sopra il medesimo, sono e diconsi parimenti di buona preda.

Ciò ha luogo, qualunque fossero le persone cui appartengono dette merci trovate sul bastimento nemico che venne predato, come è espressamente deciso nell' art. 7 che porta: *Le merci de' nostri sudditi ed alleati le quali si trovassero sopra un naviglio nemico, saranno parimenti di buona preda.*

Ciò non poteva soffrire difficoltà relativamente alle merci de' sudditi del re; imperciocchè caricando le merci sopra navi nemiche, essi contravvengono alla legge che loro interdice qualunque commercio col nemico, e quindi meritano per siffatta contravvenzione di perdere le loro merci.

Sembra piuttosto che vi dovesse essere qualche difficoltà riguardo alle merci appartenenti a' sudditi delle potenze alleate; ciò non ostante venne deciso con questo art. ch' esse pure dovessero dichiararsi di buona preda. La ragione si è, che quelli che caricano le loro merci sopra legni nemici, favoriscono il di lui commercio; e che caricandovele, si reputano già sottoposte a subire la sorte del legno su cui sonosi caricate.

97. Un bastimento francese che è stato predato dal nemico, e che è rimasto in di lui possesso per più di ventiquattr' ore, è considerato appartenere con tutto il suo carico al nemico che ne ha acquistato il dominio per diritto delle genti e per leggi della guerra. Per la qual cosa, allorchè questo legno viene ad essere ripreso da un corsale francese, esso è di buona preda, come pure tutto ciò che vi è dentro; e l' intero prodotto di questa preda appartiene all' armatore che lo ha ripreso, senza che gli antichi proprietarj del bastimento e delle merci di cui è caricato, possano nulla pretendere, avendo ei già perduto il dominio. Tale è la disposizione dell' art. 8, che porta: *Se qualche naviglio di proprietà de' nostri sudditi viene ripreso sopra i nostri nemici, dopo essere rimasto nelle loro mani nel corso di ventiquattro ore, la preda sarà buona.* Lo stesso art. aggiunge: *e se detta preda è stata fatta prima delle ventiquattro ore, esso sarà restituito al proprietario con tutto ciò che vi è dentro, a riserva del terzo, che sarà dato al naviglio che ne avrà fatta la ricupera.*

La ragione di questa seconda parte dell' articolo è che, quando il nemico non ha ritenuto in suo possesso almeno per ventiquattro ore il bastimento francese che avea predato, si può dire, secondo la massima, *non videtur factum quod non durat factum*, che il nemico sia considerato in tale caso non essersene realmente ed efficacemente impossessato, e per conseguenza non averne acquistato il dominio, che il proprietario ne sia sempre rimasto e rimanga tuttor proprietario, e che quindi abbia diritto di rivendicarlo.

Osservisi che questo articolo dice indistintamente: *se qualche naviglio di proprietà de' nostri sudditi viene ripreso ec.*, senza distinguere da chi venga ripreso, se ciò sia per mezzo di un armatore corsale, o di un bastimento del re; notisi pure che la Ordinanza del 1584, *art.* 61, da cui il presente articolo è tratto, accordava ai vascelli del re, come agli armatori in corso, il profitto della ricupera in ambedue i casi espressi in questo articolo, sì riguardo al totale che al terzo; ma Valin su detto articolo attesta, che il re è solito a rendere agli antichi proprietarj i navigli de' suoi sudditi, che sono stati ripresi sopra il nemico da' suoi vascelli, con tutto ciò che vi si trova compreso, per qualunque tempo fossero rimasti presso il nemico, senza ritenerne nulla per la ricupera.

98. Interpretando questo articolo 8, si è fatta la seguente quistione: Un armatore francese, durante la guerra che noi avevamo con l' Inghilterra, erasi impadronito di un legno inglese, il quale dopo essere stato per tre giorni sua preda, venne ripreso dal nemico unitamente al bastimento francese, e sedici ore dopo nuovamente ripreso al nemico da un altro armatore francese. Non vi era alcuna contestazione riguardo al legno francese appartenente al primo armatore. Quanto al secondo armatore che lo

aveva ripreso al nemico dopo sedici ore, egli acconsentiva a restituirglielo, ritenendosi soltanto il terzo per la ricupera conformemente al nostro articolo 8; quindi la contestazione aggiravasi tutta sul legno inglese. Il primo armatore francese pretendeva che dovesse essergli restituito al pari del suo; le sue ragioni erano, ch'egli aveva acquistato il dominio di proprietà su questo legno, avendolo tenuto in possesso pel corso di tre giorni intieri dopo la presa che ne aveva fatta; che si doveva riputare aver egli conservato sempre questo dominio, sebbene il nemico lo avesse ripreso, non avendolo questi avuto in possesso che sole sedici ore sino alla seguita ripresa; che quindi doveva essergli restituito al pari del suo.

Il secondo armatore sosteneva al contrario, che il bastimento inglese di cui si è impossessato, dovesse a lui appartenere, e non al primo armatore. Egli è vero, che questo bastimento ha appartenuto al primo armatore finchè rimase in suo possesso; ma non gli apparteneva più quando il secondo armatore lo ha ripreso al nemico. Dall'essere il primo armatore riputato di aver sempre conservato il dominio del suo proprio bastimento, perchè questo non è rimasto ventiquattro ore in potere del nemico, non ne segue perciò che debba esser lo stesso riguardo al legno inglese che egli avea preso; perchè è della natura del dominio che abbiamo sulle cose da noi prese al nemico, che noi lo conserviamo soltanto fintantochè esse restano in nostro potere, e che lo perdiamo tostochè ne siamo spogliati, e ch'esse ritornano al nemico; nella stessa guisa che noi non conserviamo il dominio degli animali selvatici senonchè fino a tanto che gli abbiamo in nostro potere, e lo perdiamo tostochè siano ritornati, fuggendo, allo stato della libertà naturale.

Su tali contestazioni il Consiglio delle prede pronunciò una sentenza il dì 5 novembre 1748, riportata per esteso da Valin, la quale aggiudicò il vascello inglese al secondo armatore; detta sentenza ordina, che questa decisione formerà testo di legge per l'avvenire, e che sarà a tale effetto registrata in tutti i tribunali dello ammiragliato.

99. Dal che l' antico proprietario di un bastimento francese preso al nemico, nel cui possesso è rimasto più di ventiquattro ore, non ne ricupera il dominio, allorchè è stato ripreso al nemico da un armatore francese, non se ne deve concludere che debba aver luogo la stessa cosa allorquando il bastimento, per qualche caso fortuito, e senza essere stato ripreso è rientrato da se medesimo in un porto della Francia. L'art. 9 decide al contrario, che in questo caso l' antico proprietario ne ricupera il dominio per quanto lungo tempo sia rimasto in potere del nemico: « se il bastimento, dice questo articolo, senza essere ripreso, viene abbandonato dai nemici; ovvero se a cagione di tempesta, o altro caso fortuito, esso ritorna in potere de'nostri sudditi, prima che sia stato condotto in alcun porto nemico, verrà restituito al proprietario che lo reclamerà entro lo spazio di un anno ed un giorno, tuttochè sia rimasto più di ventiquattro ore in potere de' nemici ».

La ragione della differenza si è, che nel caso dell' art. 8, quando un armatore francese prende al nemico un bastimento francese, ch'era caduto in suo potere da più di ventiquattro ore, egli prende al nemico una cosa che appartiene al medesimo, e della quale ei s'impossessa; quindi ne deve acquistare il dominio, poichè le leggi della guerra ci danno il dominio di tutte le cose appartenenti al nemico, le quali cadono in nostro potere. Al contrario, nel caso dell' art. 9, allorchè il bastimento francese che era stato preso da' nemici, senza essere stato ricuperato, è fuggito per qualche caso fortuito, per qualunque tempo sia rimasto in potere del nemico, questi ne ha perduto il dominio, tostochè ne ha perduto il possesso, giusta la massima stabilita nel numero precedente; questo bastimento per conseguenza non appartenendo nè al nemico, nè a verun altro, allorchè è rientrato nei nostri porti, nulla impedisce che lo antico proprietario ne ricuperi il dominio, *quodam jure postliminii*

Codesti termini dell' art 9 : *se il bastimento ritorna prima che sia stato condotto in verun porto nemico,* danno luogo alla quistione, se si dovesse decidere la medesima cosa nel caso in cui il bastimento fosse rientrato nei nostri porti dopo essere stato condotto in un porto nemico, da cui avesse trovato il mezzo di fuggire. Per la negativa si dirà che l'Ordinanza, in questo articolo, avendo espresso il caso in cui sia ritornato prima *di essere stato condotto in un porto nemico,* ne segue ch'essa in questo solo caso ha accordata la restituzione del bastimento all' antico proprietario, e non già in quello in cui fosse ritornato dopo essere stato condotto in un porto nemico. Si può dire al contrario non esservi tra i due casi differenza veruna; in entrambi il nemico ha perduto il dominio del bastimento allorchè ne ha perduto il possesso; in entrambi il bastimento quando è rientrato nei nostri porti, più non apparteneva al nemico, nè a verun' altra persona. Milita dunque la stessa ragione per l' una e l' altra parte per aggiudicarlo all' antico proprietario, *jure quodam postliminii.* Laonde io sono inclinato a credere che que' termini, *prima che sia entrato in verun porto nemico,* non debbano intendersi *restrictive*, ma *enunciative*, giacchè questo è il caso ordinario in cui un bastimento scappa al nemico che lo ha preso, non potendogli che difficilmente scappare allorchè è stato condotto ne' suoi porti.

100. Ci resta ad osservare, riguardo alla disposizione dell' articolo 8 che ha aggiudicato all'armatore il bastimento francese, che egli ha ripreso al nemico, il quale lo avea avuto per più di ventiquattro ore in possesso, ch'essa non deve essere estesa al caso in cui egli lo avesse ritolto ad un pirata; poichè allora, per lungo che fosse il tempo che detto legno fosse rimasto in poter del pirata, deve sempre essere restituito al proprietario. Ciò dispone l' articolo 10: « Le navi ed effetti de' nostri sudditi ed alleati ripresi dai pirati, e reclamati entro un anno ed un giorno dalla dichiarazione che ne sarà stata fatta allo ammiragliato, verranno restituiti al proprietario, pagando il terzo del valore del bastimento e delle merci per le spese della ricupera ».

La ragione di questa differenza è evidente, il bastimento che fu preso dal nemico con tutti gli effetti compresivi, era di proprietà del nemico, *jure belli;* ma il pirata che non ha alcun diritto di far la guerra, non poteva acquistar il dominio del bastimento da lui predato, nè degli effetti che vi erano compresi, per qualunque tempo lo avesse avuto in possesso. I proprietarj di esso e degli effetti in lui contenuti, non ne hanno mai perduto il dominio; essi ne sono rimasti sempre proprietarj, e perciò possono in tal qualità rivendicarlo.

Benchè l' articolo dica *le navi ed effetti de' nostri sudditi ed alleati,* è certo però che la sua disposizione deesi estendere parimenti alle navi ed effetti de' sudditi delle potenze neutrali; imperocchè questi forestieri godono tra noi di tutti i diritti che accorda la legge naturale, e per conseguenza del diritto di rivendicare le cose che loro appartengono in qualunque luogo le trovino.

Se il naviglio e gli effetti presi da un armatore francese ad un pirata appartenevano ai nostri nemici, non v' ha dubbio che questi non avrebbero il diritto di rivendicarli, e quindi sarebbero di buona preda. Imperciocchè le leggi della guerra danno il diritto agli armatori, autorizzati però da una patente regia, ad impadronirsi di tutto ciò che appartiene ai nostri nemici.

101. Le leggi di Olanda accordano ai loro armatori il dominio di tutte le cose che prendono sopra i pirati, senza che gli antichi proprietarj siano ammessi a reclamare.

Vaslin agita la quistione se un armatore olandese, avendo condotto in un porto della Francia un bastimento francese preso da' pirati a' quali egli lo aveva ritolto, la ricupera ne debba essere accordata al proprietario, conformemente a questo articolo? Questo autore decide la questione negativamente, conformemente alle leggi di Olanda, e cita un giudicato del Parlamento di Bordeaux dell' otto mar-

zo 1635 a sostegno della sua opinione. Questa però mi sembra insostenibile; imperocchè le leggi di Olanda non avendo impero sulle persone de' sudditi della Francia, nè sopra i beni ch' essi hanno in Francia, non possono spogliare un Francese del dominio che esso ha sopra il suo bastimento, per farlo passare all' armatore che lo ha ripreso sopra i pirati.

102. Non solamente i bastimenti appartenenti al nemico, ma quelli eziandio che sono carichi di merci spettanti al medesimo, sono parimenti di buona preda. Così dispone l' articolo 7, che dice: *Tutte le navi che si troveranno cariche di effetti appartenenti a' nostri nemici. . . . . saranno di buona preda.*

L' articolo dice, *tutte le navi*, ciò che le comprende tutte indistintamente, ed a chiunque appartengano, tanto a' Francesi quanto a' sudditi di potenze neutrali o alleate. . . . La disposizione di questo articolo è giustissima riguardo alle navi che appartengono a dei Francesi: questi nel caricare sui loro vascelli delle merci appartenenti al nemico, trasgrediscono apertamente la legge, colla quale il sovrano divieta qualunque commercio col nemico, e meritano per siffatta contravvenzione la pena stabilita da questo articolo, che dichiara di buona preda il naviglio carico di effetti appartenti al nemico.

Ma quando il bastimento appartiene ad un suddito di potenza neutrale, parrebbe che le sole merci del nemico trovatevi dovessero essere considerate di buona preda. È cosa assai dura che la nave in cui si sono trovate, sia pur essa di buona preda. Ma per quanto duro ciò sia, è certo che sotto la generalità di que' termini dell' articolo 7, *tutti i bastimenti*, anche quelli delle potenze neutrali vi sono compresi, e che, in forza di questo articolo, essi pure sono di buona preda, allorchè trovansi carichi di effetti appartenenti al nemico. Il regolamento del 23 luglio 1704 lo dice pure in termini chiari e precisi. Così all' art. 5: *Se si trovano sopra i navigli neutrali degli effetti appartenenti a' nemici di sua maestà, tanto le navi che il carico saranno di buona preda.*

Portasi per ragione di questo diritto, che se i legni neutrali, quando sono carichi di effetti del nemico, non sono cose propriamente appartenenti al nemico, sono almeno *al suo servizio*, ed è una specie di contravvenzione alla neutralità l' essere a suo servigio.

È stato finalmente nelle ultime guerre derogato a questo diritto rigoroso riguardo a' sudditi delle potenze neutrali, e venne ordinato nell' art. 5 del regolamento del 21 ottobre 1744, che quando si trovassero sopra legni appartenenti a' sudditi delle potenze neutrali, degli effetti appartenenti al nemico, questi soli effetti rimarrebbero di buona preda, ed il bastimento neutrale verrebbe restituito.

Ma quando gli effetti appartenenti al nemico si trovano sopra un bastimento francese, la disposizione dell' art. 7 ha luogo in tutto il suo rigore, e sì la nave che il resto del carico sono di buona preda, per le ragioni addotte *supra*.

103. Ma sarebbevi egli luogo a questa pena, se tanto il proprietario del bastimento in cui si fossero trovati gli effetti appartenenti al nemico, quanto la persona da lui incombenzata a ricevere le merci, avessero ignorato che tali merci appartenevano al nemico, ingannati da coloro che le portarono, i quali hanno dato loro a credere esser tutti appartenenti a' sudditi di qualche potenza neutrale; ovvero avessero di buona fede ignorato che tali effetti si trovavano sul bastimento, perchè introdottivi da persone che non erano di ciò incumbenzate? Io penso che nell' uno e nello altro caso il proprietario del bastimento avendo bene giustificata la sua buona fede e l' ignoranza in cui era, non debba soggiacere alla pena, e che in tal caso i soli effetti del nemico debbano essere giudicati di buona fede.

Avvene una decisione pel secondo caso nella legge 2, § 2, ff. *de publican*; ove è detto: *Dominus navis, si illicite aliquid in navi vel ipse vel vectores imposuerint, navis quoque fisco vindicatur; quod si absente domi-*

no, id a magistro vel gubernatore aut proreta (1) *nautave aliquo id factum sit, ipsi quidem capite puniantur commissis mercibus, navis autem domino restituitur.*

Vi è la stessa ragione per sottrarlo alla pena nel primo caso, ove egli abbia ricevuti gli effetti del nemico che se gli è fatto credere appartenere ad altri. Tale è il parere di Grozio, che io ritengo fondato sull' equità, ed essere male a proposito contraddetto da Vaslin.

104. Non bisogna confondere colle merci del nemico quelle che appartengono ad un particolare, suddito di una potenza neutrale, che le porta al nemico ad oggetto di trafficare con esso. Non fu mai lecito di recare alcuna molestia ai sudditi delle potenze neutrali rapporto a dette merci. Nondimeno fa d' uopo eccettuare certe specie di cose che chiamansi effetti di contrabbando, cui non è permesso ai sudditi delle potenze neutrali di portare al nemico, e che sono di buona preda, qualunque sia il naviglio sul quale trovansi caricate. Queste sono quelle menzionate nell' art. 2, ove è detto, le armi, polveri, palle ed altre munizioni da guerra, come pure i cavalli ed equipaggi che saranno trasportati pel servizio de' nostri nemici, verranno confiscati, in qualunque naviglio sieno trovati, ed a qualunque persona appartengano, sia nostro suddito, sia suddito delle potenze alleate ».

Riguardo alle munizioni da bocca che i sudditi delle potenze neutrali spediscono a' nostri nemici, queste non si considerano tra le cose di contrabbando, nè per conseguenza soggette alla confisca, tranne il solo caso che sieno spedite in una piazza assediata o bloccata.

Osservisi una differenza che l' Ordinanza mette tra le merci di contrabbando e gli effetti appartenenti a' nemici; secondo questo articolo, non vi sono che le mercanzie di contrabbando le quali soggiacciono alla confisca; il naviglio sul quale esse sono trovate non vi è punto soggetto, dovechè quello ove si sono trovati gli effetti appartenenti a' nemici, è dall' art. 7 dichiarato di buona preda unitamente al suo carico.

105. I bastimenti dei pirati sono di buona preda, egualmente che quelli de' nemici. Si chiamano pirati tutti coloro che corrono il mare senza commissione, patente, o passaporto di verun principe o stato sovrano.

106. Giusta l' artic. 5 della Ordinanza, « qualunque bastimento combattente sotto tutt' altra bandiera che quella dello stato da cui è patentato, o che abbia patente da due diversi principi o stati, sarà di buona preda; se esso è armato in guerra, il capitano e gli uffiziali saranno puniti come pirati ».

Secondo il primo caso di questo articolo, benchè un bastimento neutrale in un combattimento avuto contro un armatore francese, sia nello attaccare sia nel difendersi, ha combattuto sotto un' altra bandiera diversa da quella dello stato da cui è patentato, è per questa sola ragione giudicato di buona preda, senza che faccia mestieri di esaminare, se il capitano di questo bastimento abbia avuta qualche ragione di attaccare, o se l' armatore francese abbia avuti de' giusti motivi per attaccarlo.

La ragione per cui questa specie di falsità è punita dal diritto delle genti, è per impedire le piraterie. Il capitano di un bastimento combattendo sotto un' altra bandiera diversa da quella dello stato di cui è suddito, potrebbe con questo mezzo procurarsi l' impunità degli insulti fatti ai legni amici dello stato di cui egli è suddito; non potendo le parti lese, a cagione di questa falsificazione di bandiera, conoscere lo stato di cui egli è suddito, ed ottenerne la riparazione.

107. Il re, in una Ordinanza del 17 marzo 1696, riportata da Vaslin, al fine di questo articolo, ha proibita agli armatori francesi questa specie di frode, eziandio verso i proprj nemici. Viene esposto in questa Ordinanza, che alcuni armatori fran-

(1) *Proreta qui nautis circa proram ministrantibus imperat, qui proram regit, ut gubernator puppim et alveum.*

così erano soliti, alla vista di un bastimento nemico che veniva alla loro volta, affin d'impedirgli la fuga ed impegnarlo al combattimento, di farsi credere neutrali, inalberando la bandiera di una potenza neutrale, sino a che si trovavano a portata di combatterlo e prenderlo. S. M. volendo far cessare questa frode contraria alla fede pubblica ed al diritto delle genti, ordina che gli armatori francesi egualmente che i comandanti de' suoi vascelli, siano tenuti d'inalberare la bandiera francese prima di tirare il primo colpo di cannone, che chiamasi colpo di avvertimento, per assicurar la bandiera; e che in caso di contravvenzione, l'armatore sia privato del prodotto della preda che verrà confiscata a favore di S. M., salva la porzione che compete all'equipaggio, il quale non avendo alcuna parte nella frode, non deve averla neppur nella pena (Ordinanza dell'8 giugno 1704).

L'Ordinanza del 1696 aggiunge, che se il bastimento preso da un armatore francese, che ha inalberato una bandiera straniera, è giudicato neutrale, l'armatore sarà condannato a tutte le spese, danni e interessi del proprietario.

108. Il secondo caso dell'art. 5 è quello in cui un bastimento ha patenti di diversi principi o stati; la Ordinanza vuole che quando questo bastimento è preso, senza esaminare il motivo per cui fu preso, sia giudicato di buona preda, per la sola ragione che ha delle patenti di diversi principi o stati, e ciò per ovviare alle frodi cui può dar luogo questa pluralità di patenti.

109. L'articolo 6 dell'Ordinanza indica un altro caso nel quale un bastimento è giudicato di buona preda. Ivi è detto *saranno pure di buona preda i bastimenti co' loro carichi, ne' quali non si saranno trovate carte, contratti di noleggio, polizze di carico, e fatture.*

Contratti di noleggio qui si prendono per quell'atto che contiene il contratto fatto tra il proprietario del bastimento ed il mercante, per cui il proprietario lo dà a nolo a questo mercante per caricarvi sopra le sue merci, e si obbliga verso il medesimo di farle condurre.

La *polizza di carico* è la ricevuta, che il capitano del bastimento rilascia al mercante che gli affida le sue merci caricate sul bastimento, e che detto capitano si obbliga di condurre alla loro destinazione. Costumasi farne tre copie, una pel mercante che ha caricate le merci, una per quello cui sono dirette, ed una che resta presso del capitano. Queste due ultime debbono rimanère sopra il bastimento.

Ognuno sa cosa siano le *fatture*.

Non trovandosi alcuna di queste carte, mediante le quali si potrebbe conoscere a chi appartengono le merci, allora presumesi ch'esse appartengano ai nemici, e che tali carte non sieno state trafugate che a solo fine di nasconderne la conoscenza; in conseguenza dette merci sono di buona preda al pari del bastimento su cui sono caricate.

Le sole carte trovate sopra il bastimento possono far fede che le merci appartengono a colui che le reclama; la polizza di carico che producesse il mercante, il quale pretende averle caricate sopra il bastimento non fa fede, perchè presumesi fatta dopo, non essendosene trovata alcuna copia sopra il bastimento. Valin su questo articolo cita a sostegno di tal decisione una sentenza del 21 gennajo 1693.

110. Si osservi che se fosse provato che tali carte si fossero trovate sopra il bastimento che è stato preso, e che fossero state sottratte dal capitano che lo ha preso, o da taluno del suo equipaggio, l'Ordinanza vuole che coloro i quali hanno commesso un simil delitto siano puniti con pena corporale.

111. L'art. 12 dell'Ordinanza addita un ultimo caso in cui un bastimento è di buona preda. Ivi è detto: « qualunque bastimento che ricuserà di ammainar le sue vele dopo l'intimazione che gli sarà stata fatta da' nostri bastimenti, o da quelli dei nostri sudditi armati in guerra, vi potrà essere astretto dall'artiglieria o altrimenti; ed in caso di resistenza o di combattimento, esso sarà di buona preda ».

I comandanti, tanto de' bastimenti del re, quanto de' corsali francesi che sono patentati, avendo il diritto per le leggi della guerra di corseggiare i legni nemici, e non potendo distinguere se un bastimento che incontrano sia amico o nemico, senonchè per mezzo dell' esibizione delle sue carte, ne viene in conseguenza che essi abbiano dritto d' interpellare il comandante del legno che incontrano, di far conoscere mediante l' esibizione delle sue carte, se è amico o nemico, e a tale effetto di calar le sue vele, vale a dire, di avvicinarsi a bordo, e di costringervelo in caso di rifiuto.

L' Ordinanza, coll' art. 12 da noi testè riferito, vuole inoltre che il bastimento che avrà ricusato di calare le vele, in caso di resistenza o di combattimento, sia per ciò solo giudicato di buona preda. Esso dice *qualunque bastimento*; lo chè comprende tanto quelli de' sudditi delle potenze alleate o neutrali, quanto quelli de' Francesi.

L' articolo dice, *che ricuserà di ammainare le sue vele*; cioè che ricuserà di accostarsi al bastimento che gli ha fatta l' intimazione e di soffrire la visita.

t *Dopo l' intimazione*: intimazione quivi si prende per *requisizione*; questa intimazione si fa, o a voce, coll' ajuto di una tromba marina, o mediante un colpo di cannone tirato a polvere

112. Coll' articolo segnente è provveduto alla sicurezza del bastimento che avrà obbedito all' intimazione, ammainando le sue vele ed esibendo le sue carte, col divieto che è fatto al capitano del bastimento armato in guerra, il quale ha fatta l'intimazione, *di prenderci, o soffrire che vi sia presa alcuna cosa, sotto pena della vita.*

Questa pena della vita, che è rigorosissima, non dee aver luogo che quando ciò che è stato preso sopra il bastimento che ha ammainato le vele, sia qualche cosa di considerabile, e quando il capitano ha acconsentito allo spoglio che hanno fatto le persone del suo equipaggio. Cotesta pena deve essere diminuita, allorquando ciò che è stato preso è cosa di piccola entità, o quando il capitano non ha aderito allo spoglio fatto dal suo equipaggio, ma ha soltanto mancato di usare tutta la diligenza che doveva per contenerlo entro i limiti del dovere.

Parimenti s' egli avesse presi da un tal bastimento de' viveri di cui abbisognava, e ne avesse pagato il valore, comechè ciò non fosse permesso senza il consenso libero del capitano e del maggior numero degli individui componenti l' equipaggio, e che perciò ne sia riprensibile, non deve però esser punito giusta il rigore della Ordinanza.

§ 3. *Di ciò che deve osservarsi dai capitani de' bastimenti armati in guerra, quando hanno fatta una preda, e come si distribuisca il prodotto della vendita della preda medesima.*

113. A tenore dell' articolo 16 della Ordinanza: « Tostochè i capitani de' bastimenti armati in guerra si saranno resi padroni di qualche legno nemico, custodiranno presso di loro i congedi, passaporti, lettere di mare, patenti, ricevute, polizze di carico, e tutte le altre carte concernenti il carico e la destinazione del legno predato, unitamente alle chiavi de' bauli, armadj, casse e camere, e faranno chiudere i boccaporti, ed altri luoghi ove si trovassero delle merci ».

114. Il regolamento del 25 novembre 1696, *art.* 16, aggiunge che un uffiziale del bastimento che ha fatta la preda, unitamente allo scrivano, si trasferiranno sopra il legno predato, per farvi inventario di tutte le anzidette carte, alla presenza degli uffiziali del legno predato, i quali verranno interpellati di sottoscriverlo; dopo di che tutte le carte saranno riposte in un sacco ben sigillato onde essere rimesso nel medesimo stato alla cancelleria dell' ammiragliato.

115. Giusta l' art. 17, il capitano che ha fatta la preda, deve condurla o mandarla nel porto ove si è fatto l' armamento, sotto pena di perdere il suo diritto; vale a dire, la parte che gli compete nel prodotto della preda. Ciò è prescritto per lo

interesse dell'armatore che ivi resta o dimora. Siccome la preda dev'essere a suo profitto venduta, ed egli ne deve ricevere il prezzo, salva la parte che compete al capitano ed all'equipaggio, a norma del contratto ch'egli ha con loro, è di suo interesse il prendere da se medesimo cognizione della preda, la quale a tale effetto dev'esser condotta al porto del luogo ove egli tiene la sua dimora.

116. Allorchè il capitano non ha potuto condurre la preda nel luogo ove si è fatto l'armamento, perchè sia stato costretto, sia da una tempesta sia da un bastimento nemico più forte del suo che gli dava la caccia, di ricoverarsi colla sua preda in un altro porto, allora il capitano dee, secondo lo stesso articolo, *darne incontanente avviso agl'interessati nell'armamento*, vale a dire, all'armatore, tanto per lui che pe' suoi associati. Dato questo avviso, tocca all'armatore il decidere, se crede a proposito di dar ordine al capitano di partire dal luogo ove si è rifugiato, e di condurre la preda in quello ove seguì l'armamento, oppure d'incaricare taluno di procedere alla vendita della preda nel luogo ove fu posta in salvo, affin di evitare il pericolo del tragitto.

117. L'Ordinanza collo stesso art. vuole che il capitano conduca i prigionieri che ha fatti sopra i legni predati: non gli è permesso di rilasciarli per risparmiare le spese del loro alimento. È dell'interesse dello stato lo averli, per cambiarli con quelli che il nemico avesse fatti o potesse fare su i nostri.

118. Si danno più casi, in cui il capitano è obbligato a rilasciare il bastimento che ha predato. Per esempio: se questo fosse sì mal concio che non potesse far viaggio, il capitano non potrebbe far altro che raccogliervi i migliori effetti, e lasciarlo andare via. Un altro caso è allorchè il capitano, alla vista di un legno nemico più forte del suo, che viene a dargli la caccia, è stato obbligato a rilasciar il bastimento predato, che avrebbe ritardata la sua fuga.

Possono pure darsi altri casi, come allorquando il capitano si trova troppo distante dai porti della Francia, e la preda non sia di tanta conseguenza da fargli interrompere la sua corsa.

119. In tutti questi casi, se il capitano è dispensato dal condurre il bastimento predato, è almeno tenuto, giusta l'art. 10, ad impossessarsi di tutte le carte, e di condurre seco i due principali uffiziali del bastimento medesimo, sotto pena di essere privato del suo diritto in ciò che vi ha predato, ed anche, se occorre, di essere corporalmente punito.

La ragione per cui viene ordinato al capitano d'impossessarsi delle carte del naviglio predato, è perchè si possa conoscere dalla loro lettura se la preda è stata legittima o no; la ragione per la quale egli deve condurre i due principali uffiziali è perchè essi possano essere intesi, ove abbiano qualche cosa ad opporre contro la legittimità della preda.

120. L'art. 21 prescrive ciò che dee fare il capitano predatore quando è arrivato in porto. Ivi è detto: « Tostochè la preda sarà stata condotta in qualche rada o porto del nostro regno, il capitano che l'avrà fatta, se vi si trova in persona, altrimenti, il suo sostituto, sarà obbligato a fare il rapporto agli uffiziali dell'ammiragliato, di consegnar loro le carte ed i prigionieri, dichiarando il giorno e l'ora in cui sarà stato preso il bastimento; in qual luogo e a quale paraggio; se il capitano ha ricusato di ammainar le sue vele, o di mostrare la sua patente o il suo congedo; se ha attaccato o se si è difeso; qual bandiera portava, ed altre tali circostanze riguardanti la preda ».

L'articolo dice, *il capitano*; ciò comprende non solo i capitani de' legni corsali, ma eziandio quelli dei vascelli reali, che sono obbligati a tutto ciò ch'è prescritto da questo articolo, quando hanno fatta qualche preda.

Il suo sostituto; talvolta il capitano che ha fatta la preda, per non interrompere la sua corsa, distacca un uffiziale ed alcune persone del suo equipaggio, commettendo ad essi la

cura di condurre la preda ne' porti di Francia.

Le carte; egli deve consegnare generalmente tutte le carte trovate sul legno predato, non solo quelle che servono a far conoscere a chi appartenevano sì il legno predato che gli effetti trovativi, e la loro destinazione; ma eziandio quelle che appartengono ai particolari che si trovavano a bordo, le quali debbono esser loro restituite dopo il giudizio della preda. Il giudice stende una nota sommaria di tutte le carte stategli presentate, e ne ordina il deposito alla cancelleria, dopo averle vidimate e numerate.

I prigionieri; questi non già agli uffiziali dell' ammiragliato, ma al comandante della piazza o al commissario della marina, debbono essere consegnati.

Le altre circostanze della preda; *puta* se vi fu saccheggio, se si sono gettate delle carte in mare; se si sono condotti tutti i prigionieri, o cosa avvenne degli altri. Quando il capitano è arrivato in un porto diverso da quello in cui seguì l' armamento, egli è obbligato a dichiarare i motivi che lo hanno impedito di ritornarvi.

Fatto questo rapporto, gli uffiziali dell' ammiragliato si recano sopra il legno predato: il giudice stende alla presenza tanto del capitano e de' capi dell' equipaggio del legno predato, quanto del capitano o altro uffiziale del legno predatore, un processo verbale sulla quantità e qualità delle merci che vi sono, e dello stato delle camere ed armadj e vi appone i sigilli. Egli riceve le disposizioni dei capi dell' equipaggio del bastimento predato, come di quelli del bastimento predatore; ed il tutto viene rimesso al Consiglio delle prede, per giudicare della sua legittimità. *Vedi* gli articoli 22, 23 e 24.

121. Quello che sarà giudicato non essere di buona preda, dovrà essere restituito senza dilazione ai proprietarj che lo reclameranno, o a' loro procuratori.

122. Riguardo a ciò che sarà stato giudicato di buona preda, l' uso costante ed universale si è, come lo attesta Vaslin sull' art. 31, di fare una vendita giudiziale, tanto del bastimento che delle merci ed effetti in esso contenuti. Sul prezzo che se ne ricaverà, si prelevano in primo luogo le spese del discarico e della custodia del legno e delle merci; *art.* 31. Dedotte queste spese, prendevasi altre volte il decimo, che apparteneva all' ammiraglio, e questo decimo si prendeva prima delle spese giudiziali; ma questo diritto dell' ammiraglio essendo stato sospeso nelle ultime guerre, venne finalmente abolito a perpetuità in virtù dell' editto del mese di settembre 1758. Si prelevano quindi le spese giudiziali.

Fatte tutte queste deduzioni, il rimanente del prodotto della vendita si divide fra gl' interessati all' armamento, giusta le convenzioni fatte fra loro, all' epoca dell' armamento medesimo; *art.* 32.

123. Quando le parti non fecero intorno a ciò convenzione veruna, *i due terzi apparterranno a color che avranno somministrato il bastimento colle munizioni e vettovaglie, e l' altro terzo agli uffiziali, marinai, e soldati*: art. 33.

L' Ordinanza dice che *l' altro terzo appartiene agli uffiziali, marinaj, e soldati*; lo che comprende generalmente tutte le persone dell' equipaggio, dal capitano sino al più piccolo mozzo; ciascuno vi ha più o meno parti, secondo il suo grado. Il capitano ne ha dodici, gli altri ne hanno chi otto, chi sei, chi quattro, chi due, chi una. Fra i mozzi chi ha una mezza parte, chi un quarto. Vedi il regolamento del 25 novembre 1693.

124. Vi sono certi effetti sopra il bastimento predato, che non entrano punto nella ripartizione da farsi tra gli armatori e l' equipaggio, e questi si lasciano in natura all' equipaggio stesso. Il capitano ha, per esempio, lo spoglio ed il baule del capitano del legno predato; il tenente ha quello del tenente, il piloto quello del piloto; il carpentiere quello del carpentiere unitamente ai suoi stromenti, e così dicasi degli altri. Vedi Vaslin sull' art. 20.

125. Avvi una questione rapporto all' art. 33 da noi testè riportato, ed è quella di sapere, se la sua di-

sposizione debba aver luogo, non solamente quando la preda è fatta da un corsale armato soltanto in guerra, ma eziandio quando è fatta da un legno mercantile armato anche in guerra; ovvero se in quest'ultimo caso l'equipaggio non debba avere che un decimo, a tenore di una decisione del Parlamento di Bordeaux, perchè in quest'ultimo caso l'equipaggio è pagato dall'armatore, dovecchè l'armatore di un bastimento soltanto armato in guerra non dà soldo veruno alle persone del suo equipaggio, ma fa loro soltanto delle anticipazioni, di cui si rimborsa sulle quote che competono a ciascuno di essi nel prodotto delle prede. Si traeva pure argomento da ciò che nel caso delle prede fatte da' bastimenti reali, il re non accordava agli uffiziali ed all'equipaggio che il decimo del prodotto della preda. Siffatto argomento non può più aver luogo, mentre il re accorda presentemente il terzo.

126. Quando la preda è fatta dai vascelli del re, il re anticamente non accordava che un decimo; ma in forza della sua dichiarazione del 15 giugno 1757, esso accorda all'equipaggio, che ha fatta la preda, il terzo di ciò che rimane di netto sul prodotto della preda, dedotte le spese del discarico, della custodia e degli atti giudiziali; nel qual terzo il comandante ha un quarto, gli uffiziali dello stato maggiore un altro quarto, per essere diviso fra d'essi secondo i loro diversi gradi; ed i due altri quarti debbono esser divisi tra il resto delle persone che compongono lo equipaggio, siano uffiziali, siano soldati o marinaj, nel modo espresso nella predetta dichiarazione del re, all'art. 9.

§ 4. *Dei riscatti.*

127. La convenzione di riscatto è un patto che formasi tra il comandante del bastimento che ha assalito, e quello dell'altro che fu assalito, per cui il comandante del primo acconsente di lasciare andar il secondo, dandogli un salvo-condotto, mediante una somma convenuta, che il comandante del bastimento assalito tanto in suo nome quanto in quello de' proprietarj sì del suo bastimento che delle merci che vi sono caricate, promette di pagare, e per sicurezza del qual pagamento egli dà un ostaggio.

Questa convenzione si fa mediante un atto fatto in duplicato; il comandante del bastimento assalito ne conserva una copia che gli serve di salvo-condotto, ed il comandante del bastimento assalitore ne ritiene l'altra, che chiamasi *biglietto di riscatto.*

Siffatta convenzione è legittima. Il diritto della guerra dando al sovrano, allorchè la guerra è giusta, il diritto d'impadronirsi de' beni e dei bastimenti de' suoi nemici, ne viene per conseguenza ch'egli abbia pure quello di farne pagare il riscatto. Siccome il re autorizza i corsali patentati dal suo ammiraglio, e li mette a parte de' suoi diritti nel corseggiare i bastimenti nemici, affin d'impadronirsene con tutto ciò che vi è dentro, egli gli autorizza del pari, e li mette ne' suoi diritti per pattuirne il riscatto, a condizione però di osservare quanto è loro prescritto a questo riguardo dalle Ordinanze e da' regolamenti.

128. Essendo molto più vantaggioso allo stato ed all'armatore il predare i legni nemici, che di ritrarne una somma in riscatto, i capitani non debbono ammettere al riscatto i nemici che assalgono, senonchè quando stimano di non potere far meglio, puta allorchè trovansi in una posizione ed in circostanza da avere un giusto motivo di temere di non potere conservare la preda fatta, quando la preda non è sì rilevante che meriti condurla ne' porti di Francia, dai quali si trovano alquanto lontani; ciò che non potrebbe farsi senza interrompere la corsa, alla cui continuazione essi trovano un maggiore vantaggio. In questo caso, o per qualche altra giusta causa, il capitano può, dopo avere conferito su ciò co' principali uffiziali del bastimento, ed avere ottenuto il voto della maggior parte dell'equipaggio, ammettere il riscatto del bastimento nemico.

Temendo che i capitani dei bastimenti corsali non s'inducessero finalmente per codardia, ed affine di evitare il combattimento, ad ammettere il riscatto, è prescritto dall' art. 14 della dichiarazione del 15 maggio 1756, ch' eglino non vi sarebbero autorizzati sennonchè dopo aver mandate ne' porti di Francia tre prede effettive, dopo l' ultima loro sortita; ma Valin ci assicura che questa disposizione non fu seguita in pratica.

In conseguenza di questo principio, i capitani non debbono ammettere a riscatto i bastimenti nemici, che quando non possano far meglio; quindi è loro proibito di accordare il riscatto quando il bastimento nemico è entrato in qualche rada o porto del regno.

129. In virtù dell' Ordinanza del primo ottobre 1692 è vietato a' nostri corsali, allorchè ammettono il riscatto de' legni pescareccì appartenenti al nemico, di loro permettere di continuare la pesca; possono soltanto loro accordare un salvo condotto di otto giorno al più per ritornarsene a' loro paesi. Giusta però il regolamento del 17 gennajo 1716, *art.* 4, questo salvo-condotto può estendersi ai quindici giorni.

L' Ordinanza del 1692 non prefiggeva alcun tempo al salvo-condotto degli altri bastimenti ammessi al riscatto. Essa limitavasi a dire, che non si doveva accordarlo che *per lo tempo assolutamente necessario per giungere a' luoghi della loro destinazione*. Il regolamento del 1706 vuole che non lo si possa protrarre oltre a sei settimane.

130. Lo stesso regolamento porta che questo salvo-condotto non potrà essere accordato al bastimento riscattato, per ritornare nel porto d'onde è uscito, eccettuato il caso in cui il naviglio riscattato si trovasse più vicino al luogo della sua destinazione che a quello della sua partenza; nel qual caso detto regolamento, *art.* 5, permette di accordarglielo per recarsi al luogo della sua destinazione. Trovansi alcuni altri casi menzionati in detto articolo ne' quali si può accordare al riscattato un salvo-condotto per continuare il suo viaggio.

131. Secondo lo stesso regolamento la convenzione di riscatto dee fare una menzione espressa del porto a cui il bastimento riscattato è diretto, e del tempo entro il quale esso deve arrivarvi.

132. Il capitano che ammetteva a riscatto un bastimento nemico, era tenuto, in virtù dell' art. 19 dell' Ordinanza, ad impossessarsi delle carte del legno riscattato. Il regolamento però del 1706, *art.* 6, ha espressamente derogato a questa disposizione, ordinando soltanto che il capitano conduca per ostaggi uno o due de' principali uffiziali del legno riscattato; si usa però di non condurne che uno.

133. Finalmente il capitano che ha ammesso il riscatto dee, appena giunto ne' porti di Francia, farne il suo rapporto agli uffiziali dell' ammiragliato, e presentare gli ostaggi, i quali si ritengono sino all' intiero pagamento de' convenuti riscatti.

Quando il capitano ha presi alcuni effetti o mercanzie dal legno riscattato, che si è fatto dare oltre al riscatto stipulato, egli ne dee far menzione nel suo rapporto, sotto pena di restituzione del quadruplo di quanto avesse sottratto, e di perdere il diritto della sua quota sopra i predetti effetti. *Vedi* Valin *sull' art.* 19.

134. Ci resta a parlare delle obbligazioni che nascono dalla convenzione di riscatto.

Il capitano del bastimento che attacca si obbliga, in conseguenza del convenuto riscatto, a lasciare andare e ritornare liberamente al luogo indicato nella convenzione di riscatto il legno riscattato, purchè vi si porti entro il tempo stabilito in detta convenzione; e gli dà a tale effetto un salvo-condotto che dee per tutto quel tempo garantirlo da ogni molestia per parte de' comandanti de' bastimenti francesi, come pure di quelli degli stati alleati che per avventura incontrassero in detto tempo, presentando loro detto salvo-condotto. Ciò risulta da que' termini che leggonsi nelle module di stipulazioni di riscatto, che si rilasciano negli ammiragliati a' capitani de' bastimenti: *preghiamo tutti gli amici ed alleati di lasciare*

liberamente passare il ... per andare al detto porto.... senza soffrire che gli sia fatta per detto tempo e sulla detta strada alcuna molestia nè impedimento.

In qual modo, dirassi, il capitano che ha fatta questa convenzione di riscatto, può egli mediante il salvo-condotto che rilascia al padrone del legno riscattato obbligare i comandanti degli altri bastimenti, che lo incontreranno, a lasciarlo passare liberamente; giacchè è di massima che non si può obbligare con una convenzione i terzi che non vi hanno avuta parte veruna? La risposta è, non essere già questa convenzione sola, e *per se*, che obblighi i comandanti degli altri bastimenti ad aderire al salvo-condotto che è stato accordato da questa convenzione al riscatto; ma vi concorre l'autorità stessa del re di cui siffatta convenzione ed il salvo-condotto dato in esecuzione di essa si considerano essere in qualche modo rivestiti. Di fatti, il re autorizza i capitani de'bastimenti corsali che hanno patente, non solo ad impadronirsi de'legni nemici che incontrano, ma eziandio a riscattarli, allorchè lo stimano più vantaggioso. Siccome è per parte ed a nome del re ch'essi s'impadroniscono de'legni nemici, così è pure per parte del re e in certa guisa a nome del re ch'eglino li riscattano. Questa convenzione di riscatto ed il salvo-condotto che rilasciano al padrone del legno riscattato, che forma parte di siffatta convenzione, si devono dunque considerare in qualche modo rivestiti dell' autorità reale, cui debbono sottomettersi i comandanti di tutti i bastimenti francesi, tanto del re che corsali.

Questa è la ragione per cui il regolamento del 27 gennaio 1706, *art.* 7, porta: « Sua Maestà espressamente proibisce a tutti gli altri capitani ed armatori di arrestare i bastimenti muniti di biglietti di riscatto sotto pena di rifare tutte le spese, danni e interessi ».

Ella è altresì una conseguenza dei trattati d'alleanza, che i comandanti de' bastimenti degli stati alleati rispettino questi salvo-condotti.

135. Il salvo-condotto ha effetto soltanto quando il bastimento viene incontrato nel cammino e nel tempo prescritto; per la qual cosa l' *art.* 8 prescrive: « Ciò nondimeno Sua Maestà permette agli armatori di arrestare una seconda volta il bastimento riscattato, qualora lo incontrino fuori della strada ed oltre il tempo prescritto, e di condurlo ne' porti del regno, ove sarà dichiarato di buona preda ».

Non ostante ciò, se venisse provato che una tempesta avesse tratto fuori di strada il bastimento riscattato, e fosse già per riprenderla, parrebbe equo il deferire in tal caso al salvo-condotto.

136. Dall' altra parte il padrone del bastimento riscattato si obbliga, in virtù della stipulazione di riscatto, a pagare la somma convenuta pel riscatto; ei vi si obbliga non solamente in suo nome, ma vi obbliga pure *actione exercitoria* tanto il proprietario del bastimento quanto i proprietarj delle merci che vi si trovano, ciascuno pel loro rispettivo interesse. Ciò risulta da que' termini espressi nelle module del contratto di riscatto che l'ammiragliato rilascia: « Io (padrone del bastimento) tanto in mio nome, quanto in quello dei sopraddetti . . . proprietarj del detto bastimento e delle merci, mi sono volontariamente assoggettato al pagamento ec. » La ragione è che il proprietario del bastimento, incaricandolo della condotta del medesimo, ed i mercanti affidandogli quella delle loro merci, sono riputati avere ciascuno di essi a lui conferito il potere di fare tutte le convenzioni ch'egli crede utili e necessarie alla conservazione delle cose alla condotta delle quali lo hanno preposto, e quindi avere acconsentito ed acceduto a tutte le obbligazioni cui fosse stato costretto contrarre per questo effetto.

137. I debitori del riscatto, per soddisfare a quest'obbligo, debbono non solo pagare la somma convenuta per riscatto, ma eziandio rimborsare tutte le spese di alimento somministrato all' ostaggio dato per sicurezza del pagamento del riscatto.

138. Se il bastimento riscattato perisce a cagione di una tempesta pri-

ma del suo arrivo, non cesserebbe per ciò l'obbligo di pagare il riscatto; perchè il capitano che lo ha riscattato ha bensì garentito il padrone del legno riscattato da tutte le molestie per parte de' comandanti de' bastimenti francesi ed alleati che potesse incontrare, ma non lo ha già garentito dalla tempesta nè da altri casi fortuiti.

Ciò non di meno, se vi fosse una clausola espressa nella convenzione di riscatto, che questo non sia dovuto qualora il bastimento perisca in cammino per una burrasca prima del suo arrivo, sarebbe d'uopo osservare la convenzione. E qualora siffatta clausola è compresa nel contratto, essa dee restringersi al caso in cui il bastimento riscattato fosse stato sommerso dalla tempesta, e non al caso di arrenamento. Se l'arrenamento del bastimento, nel caso di questa clausola, lo liberasse dall'obbligo di pagare il riscatto, accaderebbe sovente che de' padroni di bastimenti riscattati, affin di liberarsi da detta obbligazione, lo farebbero arrenare a bella posta, salvando i lor migliori effetti.

139. Allorchè il bastimento riscattato è stato preso da un altro corsale francese fuori della sua strada, o dopo la scadenza del tempo prefisso nella convenzione di riscatto, ed è in conseguenza dichiarato di buona preda, i debitori del riscatto sono eglino in questo caso liberati? Per la negativa si dirà: se i proprietarj del bastimento riscattato e delle merci non sono liberati dall'obbligo di pagare il riscatto in virtù della perdita da essi fatta dell'uno e delle altre, a cagione della tempesta che è un caso fortuito, come abbiamo poc'anzi deciso, tanto meno essi debbono esserne esonerati, allorquando la perdita è accaduta per colpa del loro preposto, il quale, contravvenendo al contratto di riscatto, si è messo volontariamente nel caso di esser preso da un altro corsale francese. Non ostante queste ragioni, Vaslin, sull'*art.* 19 dell'Ordinanza, attesta essere costante la pratica, che quando un bastimento, dopo essere stato riscattato, è preso da un secondo armatore, per non essersi conformato alla convenzione del riscatto, i debitori del riscatto vengono liberati dal pagarlo, poichè allora il riscatto si confonde nel prezzo della preda, e viene prelevato sul suo prodotto a profitto del primo armatore, che ha riscattato il bastimento: il rimanente di questo prodotto appartiene al secondo armatore che ha fatto la preda.

La ragione di questa decisione si è, che il primo armatore riscattò il bastimento a nome del re; ed è parimenti a nome del re che il secondo armatore lo ha predato. Il primo armatore è considerato tenere dal re il diritto di riscatto; e dal re similmente il secondo armatore ripete il profitto della preda, avendo il sovrano messi questi armatori ne' suoi diritti. Ora l'equità non permette che il re, che una stessa persona abbia ad un tempo medesimo ed il bastimento ed il riscatto di esso; si dee quindi dedurre il riscatto sul prezzo del bastimento.

140. Allorchè il capitano di un bastimento francese, dopo avere accordato il riscatto ad un bastimento nemico, o viene egli stesso predato col biglietto di riscatto di cui è portatore, questo biglietto di riscatto diventa, egualmente che il resto della preda, conquista del nemico; e le persone della nazione nemica, ch'erano debitori del riscatto, vengono ad essere per tal mezzo liberati dall' obbligo di pagarlo.

Estinto una volta questo debito, non può più rivivere, quand'anche il bastimento che accordò il riscatto al nemico, e che fu poscia esso stesso predato, venisse in seguito ripreso.

141. Oltre le obbligazioni rispettive che la convenzione del riscatto produce tra le parti contraenti, e di cui ora abbiamo parlato, essa dà luogo indirettamente ad alcune altre azioni. Tale è quella che il padrone del legno riscattato, il quale si è obbligato in suo proprio nome al pagamento del riscatto, ha contro i proprietarj sì del legno che delle merci di cui è caricato, affinchè siano tenuti ciascuno pel suo rispettivo interesse, a liberarlo da questa obbligazione.

Cotesta azione non nasce già dalla convenzione di riscatto, non essendone che l' occasione; ma nasce dai contratti che sono intervenuti tanto fra il capitano del bastimento ed il proprietario del medesimo, allorchè lo prepose al comando del suo bastimento, quanto fra questo capitano ed i proprietarj delle merci, allorchè questi lo preposero alla condotta di esse. In forza di questi contratti, i proprietarj sì del legno che delle merci si sono obbligati verso lui di risarcirlo de' pesi ed obbligazioni che sarebbe costretto ad incontrare per la salvezza sì dell' uno che delle altre.

142. La persona che a richiesta del comandante del bastimento riscattato si è volontariamente e gratuitamente resa ostaggio pel pagamento del convenuto riscatto, ha parimenti l' azione *mandati contraria* contro il comandante del legno riscattato, affinchè venga obbligato a liberarla al più presto, e farla mettere in libertà, pagando le somme per le quali si è resa ostaggio; ed inoltre perchè sia tenuto a pagare quanto le ha costato e costerà per essere ostaggio, *quantum sibi abest ex causa mandati*.

Questa azione nasce dal contratto di mandato, intervenuto fra il comandante del bastimento e la predetta persona; il quale risulta da ciò che a richiesta del comandante detta persona ha consentito a rendersi ostaggio.

143. L' ostaggio ha pe' medesimi oggetti anche l'azione *exercitoria* contro i proprietarj sì del bastimento che delle merci, i quali nel preporre il padrone alla condotta sì dell' uno che delle altre, vengono riputati avere acconsentito ed acceduto a tutte le convenzioni e contratti ch'egli farebbe per la conservazione del bastimento e delle merci, e per conseguenza al contratto di mandato fatto tra il comandante del bastimento e l'ostaggio.

L'ostaggio in virtù dell'azione che egli ha contro i proprietarj del bastimento e delle merci, ha un privilegio sì sopra l'uno che sopra le altre.

144. Allorchè un ostaggio francese viene detenuto presso il nemico pel riscatto di un bastimento francese riscattato dal nemico, tosto che questo bastimento ritorni in qualcuno de' nostri porti, gli uffiziali dell'ammiragliato, per lo interesse dell'ostaggio, sequestrano il bastimento e merci, sinchè i proprietarj abbiano o liberato e rimborsato l'ostaggio, o data almeno una idonea cauzione di farlo.

ARTICOLO III.

De' prigionieri di guerra.

145. Giusta il dritto romano e quello degli antichi popoli, quando degli stati sovrani, che hanno diritto di fare la guerra, si trovavano in essa impegnati, quelli che venivano fatti prigionieri erano ridotti in ischiavitù, e divenivano *jure belli et jure gentium* gli schiavi del nemico. A questo diritto appunto attribuire si debbe l'origine della schiavitù: *Servi ex eo appellati sunt quod Imperatores captivos vendere solent, ac per hoc servare nec occidere solent, qui etiam mancipia dicta sunt, eo quod ab hostibus manu capiebantur.* Instit. *de jur. person.*

146. Secondo lo stesso diritto romano, colui ch' era stato preso dal nemico e ridotto nello stato di schiavitù, perdeva insieme colla libertà tutti i diritti di cittadino romano, i quali non potevano appartenere che alle persone libere. Ma s'egli trovava il mezzo di fuggire dalle mani del nemico, appena egli era di ritorno, ed aveva posto il piede sulle terre dell'impero romano, ricuperava i diritti di cittadino; cosicchè era riputato non averli mai perduti, nè essere mai stato cattivo tra i nemici, questo è ciò che si chiama *jus postliminii*.

Quanto a colui che preso dal nemico non aveva mai potuto ritornare, ed aveva passata tutta la sua vita in poter del medesimo, esso veniva considerato come morto dall' ultimo istante che aveva preceduta la sua cattività, ed essere morto avendo ancora i diritti di cittadino romano. Vedi sopra tutte queste cose il titolo *de captiv. et postlim. rev.*

147. Questo diritto delle genti, che riduceva allo stato di schiavitù coloro che venivano presi dal nemico, non aveva luogo che riguardo a quelli che venivano presi in una guerra solennemente dichiarata da'nemici propriamente detti, che avessero il diritto di far la guerra, chiamati *hostes*, e più anticamente *perduelles*. Rapporto a coloro che venivano presi dai briganti, tuttochè questi gli assoggettassero nel fatto ad officj di schiavitù, non erano però schiavi in diritto, e conservavano tutti i diritti di cittadino. Così insegna Ulpiano: *Hostes sunt quibus bellum publice populus romanus decrevit, vel ipsi populo romano; caeteri latrunculi vel praedones appellantur; et ideo qui a latronibus captus est, servus latronum non fit, nec postliminium ei necessarium est; ab hostibus autem captus, ut puta a Germanis et Parthis, et servus hostium et postliminio statum pristinum recuperat*; l. 24, ff. *De captiv. et postlim. rev.*

148. Da lunghissimo tempo in tutti gli stati de' principi cristiani i prigionieri di guerra non si fanno schiavi; eglino conservano il loro stato di libertà, conservano nel loro paese da cui sono assenti tutti i diritti di cittadino. Il diritto della guerra che ha luogo oggidì tra i principi cristiani non dà al vincitore altro diritto sulle persone de' prigionieri di guerra, che quello di ritenerli per impedir loro di nuocergli continuando a combattere. Anzi sovente il vincitore non usa di tutto il suo diritto riguardo agli uffiziali di qualche distinzione, e li rilascia sulla loro parola di onore di non servire per tutto quel tempo che durerà la guerra.

149. Quantunque coloro che sono presi dai Mori durante la loro cattività vengano nel fatto venduti a dei padroni, e quindi assoggettati alla condizione degli schiavi, non si considerano tuttavia come tali in diritto; e perciò conservano nella loro cattività tutti i diritti di cittadino, sono capaci di succedere e di ricever legati per mezzo di qualche persona cui mandano la loro procura dal luogo della loro cattività.

SEZIONE II.

Dell' accessione.

150. L' accessione è un modo di acquistare il dominio che è di diritto naturale, per cui il dominio di tutto ciò che è un accessorio ed una dipendenza di una cosa, è acquistato di pieno diritto a colui al quale la cosa appartiene, *vi ac potestate rei suae*.

Una cosa è accessoria della nostra o perchè è un prodotto di essa o perchè vi è stata unita; e questa unione si forma o naturalmente e senza il fatto dell' uomo, o col fatto dello uomo.

Noi tratteremo nel primo articolo dell'accessione che risulta da'prodotti della cosa nostra. Nel secondo di quella che deriva dall'unione naturale di certe cose alla nostra, e senza che vi entri il fatto dell'uomo. Nel terzo di quella che nasce dalla congiunzione di certe cose alla nostra, mediante il fatto dell'uomo. Tratteremo nel quarto articolo delle due altre specie di accessione, che sono la specificazione e la confusione.

ARTICOLO PRIMO.

Dell' accessione che risulta da prodotti della nostra cosa.

151. Tutto ciò che la mia cosa produce viene riguardato come una specie di accrescimento e di accessorio della medesima; ed in conseguenza io ne acquisto il dominio per diritto di accessione, *vi ac potestate rei meae*.

Da questo diritto di accessione nasce che il dominio di tutti frutti che nascono da una cosa, segua il dominio della medesima, e sia *ipso jure* acquistato al proprietario della cosa, *vi ac potestate rei suae*.

Fintantochè i frutti sono ancora pendenti sulla mia terra che gli ha prodotti, essi non formano che un solo e medesimo tutto, ed una sola e medesima cosa colla mia terra che gli ha prodotti: *fructus pendentes pars fundi videntur*; l. 44, ff. *dei rei vind.* Il dominio ch'io ho della mia terra,

comprende dunque allora anche quello di tali frutti; e quando questi ne vengono staccati e separati, diventano degli esseri distinti dalla terra, e dei quali io acquisto il dominio in conseguenza di quello ch'io ho sulla mia terra che gli ha prodotti, e di cui sono le dipendenze e gli accessorj.

Il dominio ch' io acquisto di tali frutti è un dominio distinto da quello della mia terra, quantunque da esso proceda; io lo acquisto nell' istante medesimo che tali frutti vengono separati dalla terra su cui erano pendenti, e che cominciano ad avere un essere distinto dalla terra di cui prima formavano parte.

Io acquisto in tal modo tutti i frutti che la mia terra ha prodotti, sì naturali che industriali; acquisto questi ultimi, quando anche non io ma un altro avesse seminata e coltivata la mia terra che gli ha prodotti; imperciocchè non è già la coltura che si è fatta su questa terra; ma il dominio che se ne ha, ciò che fa acquistare il dominio de'frutti che essa produce. *Omnis fructus non jure seminis, sed jure soli percipitur*; l. 25, ff. *de usur.* Il proprietario della terra è soltanto obbligato in tal caso a rimborsare il prezzo delle sementi e dei lavori a colui che gli ha fatti.

152. I parti che nascono dagli animali che ci appartengono sono frutti di questi animali; in conseguenza il proprietario dell' animale che gli ha partoriti ne acquista il dominio per diritto di accessione, *vi hac potestate rei suae.*

Osservisi che sebbene il maschio che ha impregnata la femmina che ha partoriti quegli animali, abbia avuto parte in quella produzione, tuttavia la parte che vi ha avuta non è in alcun modo considerata; i figli da lei partoriti si considerano frutti della sola femmina, ed in conseguenza il dominio di questi animali è acquisito intieramente al padrone di essa senza che quegli, cui appartiene il maschio che l'ha impregnata, possa pretenderne alcuna parte. *Pomponius scribit, si equam meam equus tuus pregnantem fecerit, non esse tuum, sed meum quod natum est*; l. 5, § 1, ff. *de rei vindic.*

La ragione si è, che la parte che ha il maschio impregnator della femmina nella produzione dei figli, è picciolissima cosa in confronto di quella che ha avuta la femmina la quale porta nel suo ventre la prole dall' istante del suo concepimento, e che quindi è come una porzione delle viscere della madre, *portio viscerum matris.*

Nelle nostre colonie di America i figli delle schiave appartengono al proprietario che le ha al suo servizio, quand'anche il padre appartenesse ad un altro padrone, e ancorchè fosse di condizione libera; giacchè è di massima che, tranne il caso di un matrimonio legittimo, di cui gli schiavi non sono capaci, i figli seguono la condizione della madre; l. 24, ff. *de stat. hom.*

153. Il principio da noi stabilito sinora che il proprietario di una cosa acquista, per diritto di accessione, *vi ac potestate rei suae*, il dominio dei frutti che ne nascono, pare soggetto ad alcune eccezioni, che però non sono vere eccezioni.

La prima è, quando il proprietario della cosa non ne ha che la nuda proprietà, e che l' usufrutto appartiene ad un altro; poichè in questo caso i frutti derivanti dalla cosa sono acquisiti all'usufruttuario, non già al proprietario.

È vero che giusta la sottigliezza del diritto romano, l' usufruttuario non acquistava i frutti del campo di cui avea l'usufrutto, che quando era egli, o qualchedune per lui ed in suo nome che li percepiva, ma noi abbiamo veduto che giusta il nostro diritto francese, tutti i frutti indistintamente che nascono mentre dura l'usufrutto, appartengono all'usufruttuario. Vedi il nostro Trattato del Vedovile.

Il diritto che ha il proprietario di acquistare tutti i frutti che nascono dalla sua cosa per diritto di accessione, *vi ac potestate rei suae*, il quale è compreso nel diritto di dominio e ne fa parte, viene, al momento che si costituisce l'usufrutto, staccato dal diritto di dominio, e trasferito all' usufruttuario il quale acquista i frutti in virtù di questa parte di di-

ritto di dominio del fondo che è stato in lui trasferito; in questo senso appunto fu detto, che *ususfructus pars dominii est*. Laonde, anche nel caso di questa eccezione apparente, i frutti sono acquistati dall' usufruttuario per diritto di accessione, *vi ac potestate rei*, perchè egli è come *domini loco*, rapporto all'acquisto di tali frutti.

154. La seconda eccezione è nel caso in cui il proprietario della cosa ha contratto verso alcuno l' obbligazione di lasciargli percipere i frutti del suo fondo per un certo tempo, per esempio quando egli lo ha dato ad affitto, o ne ha messo in possesso il suo creditore, perchè ne percipa i frutti in isconto del debito sino al total pagamento. In questi casi i frutti sono acquistati non a colui che ha il dominio della cosa, ma bensì al suo affittuale o al suo creditore; ma siccome essi non sono acquisiti sì all'uno che all'altro, che per quel tempo ch'essi rimangono al possesso dei diritti del padrone della cosa che ve gli ha surrogati, così il nostro principio che il dominio de'frutti segue il dominio della cosa della quale essi sono gli accessorj, non è distrutto neppure in questi casi; giacchè questo affittuale o questo creditore tiene detti frutti dal padrone della cosa al quale appartengono per diritto di accessione, e perchè si può supporre il dominio di questi frutti essere, per diritto di accessione, acquistato per un istante di ragione dal padrone della cosa, e passare incontanente dalla sua persona in quella dell'affittuale o del creditore da lui surrogato ne' suoi diritti.

155. Il terzo caso di eccezione è quando la cosa è posseduta da alcuno che se ne dice proprietario, ma che in fatti non lo è; i frutti che nascono dalla cosa per tutto quel tempo che la possiede, sono acquistati piuttosto da lui che dal vero proprietario. Cotesta eccezione è pur essa una eccezione apparente, nè distrugge in verun modo il nostro principio, che il dominio dei frutti segue quello della cosa di cui sono gli accessorj; perchè se il possessore che in verità non è il proprietario, sembra in tal caso acquistare i frutti della cosa, ciò non avviene, se non perchè egli è riputato esserne il proprietario, giacchè qualunque possessore è riputato proprietario della cosa che possiede sino a che il vero proprietario comparisca e dimostri il suo diritto; ma quando ciò accade, siccome ne risulta che tal possessore non era proprietario che in apparenza, ne risulta del pari non averne egli acquistati i frutti che in apparenza, frutti che veramente appartenevano al vero proprietario della cosa, come accessorj della medesima, i quali frutti debbono in conseguenza essere da lui restituiti al proprietario della cosa, a meno che la buona fede del suo possesso non lo faccia liberare da tale obbligazione, come lo vedremo *infra*, parte II.

ARTICOLO II.

Dell' accessione che risulta dall' unione di una cosa colla nostra, che si fa naturalmente e senza il fatto dell' uomo.

156. Quando una qualche cosa si unisce con quella che mi appartiene, in modo che vengano a formare insieme un solo e medesimo tutto, di cui la mia cosa costituisce ciò che vi è di principale in questo tutto; il dominio ch' io ho sulla mia cosa mi fa acquistare per diritto di accessione, *vi ac potestate rei meae*, quello di tutto ciò che si è unito a questa cosa e che si considera farne parte.

Cotesta unione si fa naturalmente senza il fatto dell' uomo o col fatto dell' uomo. Noi non addurremo in questo articolo che degli esempj di quella che si fa naturalmente, e senza il fatto dell' uomo.

PRIMO ESEMPIO.

Dell' alluvione.

157. Dicesi alluvione quell' incremento che formasi successivamente ed impercettibilmente ne'fondi posti lungo le rive de' fiumi: *alluvio est incrementum latens quod agro ita adjicitur, ut non possit intelligi*

quantum quoque temporis momento adjiciatur. Instit. tit. de rer. div. § 20.

Giusta i principj del diritto naturale e del diritto romano, queste terre, a misura che il fiume le porta e le unisce al mio campo, divenendo parti del medesimo, col quale non formano che un solo e medesimo tutto, io ne acquisto il dominio per diritto di accessione, *vi ac potestate rei meae*. Così insegna Gajo: *quod per alluvionem agro nostro flumen adjecit, jure gentium nobis acquiritur*; *l.* 7, § 1, *de acq. rer. dom.*

I proprietarj de' campi d' onde il fiume ha staccate delle terre, per trasportarle ed unirle al mio campo, non possono reclamarle, perchè ciò segue in modo impercettibile.

158. Sarebbe altrimenti, se il fiume, *uno impetu*, avesse trasportato lungo il mio campo tutto ad un tratto un pezzo considerabile di terreno appartenente al mio vicino; questo pezzo potendosi facilmente riconoscere, il mio vicino conserverebbe il diritto di proprietà su questo pezzo di terra da lui posseduto prima che fosse stato staccato dal rimanente del suo campo: *si vis fluminis, partem aliquam ex tuo detraxit, et meo praedio attulerit, palam est eam tuam permanere*; *d. l.* 7, § 2. A meno che per la diuturnità del tempo questo pezzo di terra staccato dal vostro campo si fosse talmente unito al mio, che non paresse più farne che un medesimo campo: *plane*, aggiunge Gajo, *si longiore tempore fundo meo haeserit, arboresque quas secum traxerit in fundum meum radices egerint, ex eo tempore videtur fundo meo acquisita*; d. § 2.

159. Secondo il diritto francese le alluvioni che si formano sulle rive de' fiumi e delle riviere navigabili, appartengono al re; i proprietarj dei fondi situati sulle predette rive nulla vi posson pretendere, a meno che non siano muniti di titoli di concessione fatta loro dal re del diritto di alluvione lungo i loro fondi.

Riguardo alle alluvioni che si formassero lungo le sponde di un fiume non navigabile, la di cui proprietà appartiene ai proprietarj dei fondi contigui, si deve osservare la disposizione del diritto romano.

Le alluvioni che il mare aggiugne ai fondi vicini alle sue spiagge, appartengono parimenti per diritto di accessione ai proprietarj dei detti fondi, i quali possono fare delle dighe o ripari per conservarle.

SECONDO ESEMPIO.

Delle isole che si formano ne' fiumi e del letto che il fiume abbandona.

160. Secondo il diritto romano i proprietarj de' fondi vicini alle rive di un fiume acquistavano, per una specie di diritto di accessione, e ciascuno per la sua parte, il dominio delle isole che si formavano nel fiume, ed anche del letto intiero del fiume medesimo, allorchè questo lo aveva abbandonato per prendere un altro corso.

I fondi di questi proprietarj spondisti avendo dal lato del fiume una estensione illimitata, che non aveva altri confini che il fiume e che comprendeva pure le sponde e quanto non era occupato dal fiume, quando questo abbandonava il suo letto, questo letto si considerava far parte di detti fondi, ed esserne un incremento, come pure le isole che si formavano nel fiume; non essendo queste altra cosa che una parte del letto, che il fiume aveva cessato di occupare.

161. Giusta il diritto francese, i fiumi e le riviere navigabili appartengono al re; le isole che vi si formano, al pari del letto abbandonato per prendere altrove il suo corso, appartengono al re. I proprietarj dei fondi contigui alle rive non vi possono pretendere cosa alcuna, a meno che non producano de' titoli di concessione del re.

162. Si osservi però, che le isole le quali, giusta il diritto romano, appartenevano per diritto di accessione ai proprietarj de' fondi situati sulle rive del fiume, e che secondo il diritto francese appartengono al re, sono quelle che formansi nel letto che occupava il fiume; ma se un ramo del fiume, avendo deviato dal suo letto, avesse preso il suo corso all' in-

torno del campo di un particolare e ne avesse in tal modo formata un' isola, questo campo, anche dopo essere stato circondato dal fiume, essendo sempre lo stesso campo, continua ad appartenere a colui che ne è il proprietario. Così insegna Pomponio: *Tribus modis insula in flumine fit; uno quum agrum, qui alvei non fuit, amnis circumfluit; altero, quum locum qui alvei esset siccum relinquit, et circumfluere coepit; tertio, quum paulatim colluendo locum eminentem supra alveum facit, et eum alluendo auxit: duobus posterioribus modis privata insula fit ejus cujus ager proprior fuerit, quum primum extitit* (E secondo i diritto francese essa appartiene al re in tutti e due questi casi). *Primo autem illo modo causa proprietatis non mutatur; l.* 30, § 2, *ff. de acq. rer. dom. Ejus est ager, cujus et fuit*; *l.* 7, § 4, *ff. d. tit.*

163. Avvi una quarta specie d'isole, che si chiamano isole fluttuanti, quando si formano sopra l' acqua senza essere attaccate al letto del fiume: *Qui virgultis aut alia qualibet levi materia ita sustinetur in flumine, ut solum ejus non tangat, atque ipsa movetur*; *l.* 65, § 2, *ff. de acq rer. dom.* Coteste isole erano, secondo il diritto romano, pubbliche come lo erano i fiumi; *d. l.* § 2, e 4; e secondo il diritto francese esse appartengono al re, egualmente che il fiume.

164. Riguardo a' fiumi non navigabili, quando i proprietarj de' fondi situati lungo le loro rive sono, ciascuno pel suo diritto rispettivo proprietarj della riva, devono esserlo pure, in forza di siffatto diritto, e delle isole che vi si formano, e del letto del fiume, allorchè questo lo ha abbandonato per prendere altrove il suo corso.

TERZO ESEMPIO.

165. Allorquando le piogge traendo seco loro le parti più crasse della terra de' campi elevati, le portano ne' campi più bassi, ove queste parti rimangono e s' incorporano co' detti campi, queste parti che vengono ad incorporarsi in tal giusa col campo inferiore, con cui non formano che un medesimo tutto ed una cosa medesima, divenendo in tal modo parti accessorie di questo campo, il dominio di esse si acquista per diritto di accessione, *vi ac potestate rei suae*, dal proprietario del campo.

QUARTO ESEMPIO.

166. Allorchè de' colombi delle colombaje vicine fuggono da' loro nidi per venire a stabilirsi nella mia colombaja, io ne acquisto il dominio per diritto di accessione.

Per ben comprendere cosa sia questa specie di diritto di accessione, fa d' uopo osservare che i colombi delle nostre colombaje essendo animali *ferae naturae*, che trovansi in istato di libertà, *in laxitate naturali*, noi non siamo propriamente nè proprietarj nè possessori di questi colombi *per se*; ma lo siano sin che essi vengono considerati far parte della nostra colombaje, nella quale erano stabiliti; imperciocchè quando siffatti animali si sono stabiliti in una colombaja, si reputano, finchè conservano l'abitudine di andarvi e ritornarvi, non comporre col corpo della colombaja che una sola e medesima cosa, cioè una colombaja piena di colombi, e non formare insieme che un solo e medesimo tutto, di cui il corpo della colombaja è la parte principale, ed i colombi che lo riempiono sono le parti accessorie.

Perlochè quando i colombi vengono a stabilirsi nella mia colombaja, divenendo per ciò parti accessorie della medesima, io ne acquisto per diritto di accessione il dominio, *vi ac potestate rei meae*. Il proprietario della colombaja vicina da cui disertarono, non può reclamarli, perchè egli non ne era nè possessore nè proprietario. Egli non lo era che in quanto reputavasi che tali colombi formassero parte della sua colombaja, e questi non si consideravano formarne parte che sino a tanto ch'essi conservassero l' abitudine di andare e ritornarvi; ma tostochè la perdettero, essi cessarono di farne parte, e di appartenere al proprietario della colombaja da cui sono fuggiti.

167. Noi possiamo, a dir vero, acquistar legittimamente i colombi che fuggono dalle colombaje vicine per venire a stabilirsi nelle nostre, ma non è lecito di servirsi di verun artifizio per attirarveli. Per la qual cosa, se il proprietario o l'affittuale di una colombaja vi avesse attaccato qualche merluzzo salato, o tale altra cosa atta ad attirarvi i colombi delle colombaje vicine, i proprietarj delle medesime avrebbero contro di lui l'azione *de dolo*, o *in factum*, per essere risarciti dei danni e interessi risultanti dall'aver egli con siffatta manovra spopolate le loro colombaje.

168. Ciò che abbiamo detto intorno ai colombi che fuggono dalle colombaje vicine per istabilirsi nella mia, può egualmente applicarsi ai conigli che passano dalle conigliere vicine nella mia, ed ai pesci che passano da uno stagno vicino nel mio che è contiguo; io acquisto nella stessa maniera per diritto di accessione e questi conigli e questi pesci, *non per se*, ma fino a che si considerano formar parte della mia conigliera e del mio stagno.

ARTICOLO III.

Del diritto di accessione che risulta dall'unione di certe cose mediante il fatto dell'uomo.

169. Quando per mio fatto o per quello di un altro, una o più cose sono state unite alla mia in modo che non formino che una sola e medesima cosa, che un solo e medesimo tutto di cui la mia cosa ne formi la parte principale, e le altre non siano che parti accessorie, io acquisto per diritto di accessione, *vi ac potestate rei meae*, il dominio delle cose che ne sono gli accessorj.

Allorchè due o più cose appartenenti a diverse persone siano state unite in modo, che non facciano insieme che un solo tutto per sapere quale sia quella il cui dominio debba trar seco quello delle altre, bisogna dar delle regole per discernere qual sia quella in fra d'esse che formi la parte principale del tutto che esse compongono, e quali siano le parti accessorie. Questo è ciò che faremo vedere nel primo paragrafo; nel secondo vedremo quale sia la natura del dominio che io acquisto di una cosa per la sua unione colla mia, e dell'azione *ad exhibendum* che ha colui al quale essa già apparteneva; vedremo nel terzo paragrafo qual sia la specie di unione che dà luogo al diritto di accessione.

§ I. *Regole per discernere quale sia, in un tutto composto di più cose, quella che ne forma la parte principale, e quelle che ne sono gli accessorj.*

Prima Regola.

170. Quando di due cose che compongono un tutto, una non può sussistere senza dell'altra, e l'altra può sussistere separatamente, quella che può sussistere da sè viene riguardata come la parte principale, l'altra non ne è che l'accessorio: *Necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest*; *l.* 23, ff. *de rei vind.*

Si può dare per primo esempio di questa regola il caso in cui taluno avesse costruito un edifizio sul mio terreno: questa casa e il mio terreno formano un solo tutto, di cui il mio terreno è la parte principale, e la casa non ne è che l'accessorio; conciossiachè il mio terreno può sussistere senza la casa, ed al contrario la casa non può sussistere senza il terreno su cui è fabbricata. Perciò il dominio che io ho del mio terreno mi fa acquistare per diritto di accessione, *vi ac potestate rei meae*, quello della casa che vi si è fabbricata. Tale è la dottrina di Gajo: *Si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium cujus et solum est*; *l.* 7, § 12, ff. *de acq. rer. dom.*

Lo stesso avviene nel caso inverso: allorquando io costruisco sul mio terreno una casa co' materiali non miei, il dominio del mio terreno mi fa acquistare, per diritto di accessione, *vi ac potestate rei meae*, quello di tutti i materiali da me posti in opera, come cose che ne sono accessorie: *Quum aliquis in suo loco aliena materia aedificaverit, ipse do-*

minus intelligitur aedificii; *d. l.* 7, § 10. Ed è una regola generale, che il dominio dell'edifizio segue sempre quello del fondo su cui viene eretto: *Omne quod inaedificatur solo cedit*; *d. l.* 7, § 10.

Sulla quistione, se il proprietario del terreno che acquista per diritto di accessione il dominio dell'edifizio che un altro vi ha costruito, debba o no rimborsare le spese a colui che lo ha costrutto, veggasi qui sotto nella seconda parte del nostro Trattato le distinzioni che si debbono fare sopra siffatta quistione.

171. Un secondo esempio della regola è la piantagione. Quando taluno ha piantati degli alberi o delle vigne sull'altrui terreno, questi alberi, queste vigne, tostochè abbiano presa radice, formano un solo e medesimo tutto col terreno su cui sono piantati. Questo terreno potendo sussistere senza quegli alberi e quelle vigne, e queste non potendo al contrario sussistere senza di quello, ne viene in conseguenza che il terreno sia la parte principale, il cui dominio produce per diritto di accessione, a colui che ne è proprietario, quello degli alberi e delle vigne che ne sono le parti accessorie.

Lo stesso accade nel caso inverso; quand'io pianto nella mia terra degli alberi o vigne di altrui pertinenza, appena hanno questi presa radice, che il dominio della mia terra me ne fa acquistare il dominio per diritto di accessione, *vi ac potestate rei meae*, come cose accessorie della mia terra: *Si alienam plantam in meo solo posuero, mea erit; ex diverso, si meam plantam, in alieno solo posuero, illius erit*, *si modo utroque casu radices egerit*; *l.* 7, § 13, ff. *de acq. rer. dom.*

172. Un terzo esempio è la sementa. Sia ch'io semini il mio campo con una sementa che non mi appartiene, sia ch'io semini l'altrui campo colla mia, la sementa che è in terra, appartiene al proprietario della terra, coll'obbligo di rimborsarne il prezzo: *Qua ratione plantae quae terrae coalescunt solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque quae sata sunt, solo cedere intelliguntur*; *l.* 9, ff. *d. tit.*

173. La regola che abbiamo esposta, deve soffrire eccezione nel caso in cui la cosa che può sussistere separatamente è quasi di niun valore, in confronto del prezzo dell'altra. In tal caso, la cosa che è di prezzo, tuttochè non possa sussistere senza dell'altra, e che l'altra al contrario possa sussistere senza di essa, non lascia però d'essere riguardata come la parte principale del tutto che le cose compongono, la quale dee quindi trar seco il dominio dell'altra.

Giustiniano avea ammessa questa eccezione nel caso della pittura, *propter excellentiam artis*, e decide in conseguenza nelle sue Istituzioni, conformemente all'opinione di Gajo, che quando un pittore avesse fatta una bell'opera sopra una tela che non gli appartenesse, sebbene la sua pittura non potesse sussistere senza la tela e che questa al contrario potesse sussistere senza di quella, tuttavia la pittura dovesse essere riguardata come ciò che vi era di principale in quel quadro piuttosto che la tela; e che in conseguenza essa dovesse fare acquistare al pittore, per diritto di accessione, il dominio della tela, come di una cosa accessoria alla sua pittura, col peso però di pagarne il prezzo a colui a cui era appartenuta: *Ridiculum est enim*, dice Giustiniano, *picturam Appellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. Instit. de rer. div.* § 34.

Cotesta eccezione non era ammessa nel diritto romano che pel solo caso della pittura, *propter excellentiam artis*. Si decideva che se taluno avesse scritto sopra una carta, che non gli apparteneva, un poema o una storia, per quanto eccellente fosse l'opera da lui scritta su quella carta, e per magnifica che fosse la scrittura, la carta, siccome quella che poteva sussistere senza la scrittura, dovesse essere riguardata come ciò che vi era di principale in quel manoscritto, e quindi dovesse attirare al proprietario della carta il dominio di ciò che vi era scritto sopra, col peso di rimborsare allo scrittore il prezzo della scrittura: *Litterae licet aureae sint perinde chartis membranisve cedunt ac solo cedere solent ea quae aedificantur aut seruntur*; *ideoque si in*

chartis membranisve tuis carmen vel historiam, vel orationem scripsero, hujus corporis non ego, sed tu dominus esse intelligeris; *l.* 9, § 1, *ff. de acq. rer. dom.*

Il troppo grande e troppo scrupoloso attaccamento de' giureconsulti romani a quel principio, *necesse est ei rei cedi quod sine illa esse non potest*; *l* 23, § 3, *ff. de rei vind.*, gli ha portati a questa decisione ridicola, che noi non dobbiamo seguire nel nostro diritto. Dobbiamo al contrario decidere, che la carta essendo una cosa di niuna considerazione in confronto dello scritto, è questo ciò che forma la parte principale nel corpo del manoscritto, e che dee attirare per diritto di accessione a quello che ha scritto, il dominio della carta, collo obbligo di pagare il prezzo di questa a colui al quale essa apparteneva, conformemente all' eccezione da noi fatta al principio, la quale deve aver luogo in tutti gli altri casi consimili.

Seconda Regola.

Quando di due cose appartenenti a diversi padroni e la cui unione forma un tutto, ciascuna può sussistere senza dell'altra, quella è la parte principale, cui l' altra non è stata unita che ad uso, ornamento o compimento.

174. Infiniti esempj si possono addurre di questa regola.

Primo esempio: si è legata una pietra preziosa in oro per farne un anello. In questo anello la pietra è quella che forma la parte principale, e il cui dominio trae seco quello dell' oro col quale essa è legata; imperocchè non è già per l' oro che la pietra è stata unita all' oro; ma fu al contrario per la pietra che le fu unito l'oro, per legarla, incassarla e quindi formarne un anello.

Secondo esempio: quando si è incorniciato un quadro, per magnifica che sia la cornice, fosse pure arricchita di gemme, il cui prezzo superasse il valore del quadro, il quadro sarà sempre la parte principale, e per conseguenza il dominio di questo trarrà seco a favore del suo proprietario il dominio della cornice; giacchè è evidente che la cornice è fatta pel quadro e non il quadro per la cornice.

Terzo esempio; sopra il mio abito siasi cucito un gallone di oro, oppure si sia foderato di ricca pelliccia; quantunque il prezzo de' galloni o della pelliccia fosse assai più considerabile che quello dell'abito, tuttavia l'abito è la cosa principale, il cui dominio attrae al proprietario dell'abito quello de'galloni o della pelliccia che vi si è unita; imperciocchè non è già lo abito che sia stato unito ai galloni o alla pelliccia in grazia loro, ma furono al contrario i galloni e la pelliccia che sono stati uniti all' abito, per servire a questo, per ornarlo e per foderarlo.

Terza Regola.

Quando di due cose appartenenti a diversi padroni, la cui unione forma un solo tutto, ciascuna può sussistere senza dell' altra, nè quella è più fatta per questa che questa per quella, è riputata per principale quella che sorpassa di molto l' altra in volume, o, se vi è parità di volume, in valore.

175. Noi troviamo questa regola nella *l* 27, § 2, *ff. de acq. rer dom. Quum partes duorum dominorum ferrumine* (1) *cohaereant, hac cum quaereretur utri cedant*; *Cassius, ait, pro portione rei aestimandum, vel pro pretio cujusque partis.*

Quarta Regola.

Allorchè delle materie non lavorate appartenenti a diversi padroni, sono state riunite in una sola massa, l'una non trae seco l'altra, ed ognuno dei proprietarj delle materie che formano questa massa è proprietario della massa per la parte ch'egli vi ha.

176. *Quidquid infecto argomento alieni argento addideris, non esse tuum totum fatendum est*; *d. l.* 27.

§ 2. *Della natura del dominio che il diritto di accessione mi fa acquistare sulla cosa che è unita alla mia, e dell' azione* ad exhibendum *che ha colui al quale essa appartiene.*

177. Quando la cosa che per la sua unione colla mia senza cemento,

(1) Senza saldatura o cemento.

ne è divenuta l'accessorio, vi è talmente unita che ne è divenuta inseparabile, il dominio che io ne acquisto per diritto di accessione, *vi ac potestate rei meae*, è un dominio vero e perpetuo. Tale è quello che io acquisto della vigna o degli alberi che sono stati piantati nel mio campo, della semente di cui è stato sparso, di ciò che vi è stato fabbricato, ec.

Ma quando la cosa che per la sua unione colla mia ne è divenuta una parte accessoria, della quale acquisto il dominio per diritto di accessione, ne è separabile, e che anzi ne dee essere separata, allorchè quegli al quale essa appartiene si farà a reclamarla e ne chiederà la separazione; in tal caso il dominio che ho acquistato di questa cosa è un dominio momentaneo, che dee durare soltanto sino a che questa cosa rimarrà unita alla mia, e che non consiste che in una mera sottigliezza di diritto. Non è che in forza di tal sottigliezza che quegli, al quale questa cosa apparteneva prima che fosse unita alla mia, viene considerato non averne più il dominio; lo che si fonda su questo solo, che detta cosa, finchè resta unita alla mia, colla quale non fa che un solo tutto, non esistendo più che come parte di questo tutto, nè avendo più un'esistenza separata da questo tutto, non se ne può avere un dominio separato. Io solo che ho il dominio di questo tutto nel quale essa è compresa, posso essere riputato averne il dominio; ma tostochè essa viene separata dalla mia, il dominio che ne aveva acquistato per diritto di accessione, si estingue; e quegli a cui essa apparteneva prima della unione, ne ricupera *ipso jure* il dominio. Che anzi se fino a tanto che la sua cosa è unita alla mia, non ne ha il dominio, quanto alla metafisica sottigliezza del diritto, in modo che non può introdurre contro di me la azione di rivendicazione, lo conserva però in qualche guisa *effectu*, in virtù dell'azione *ad exhibendum*, che egli ha contro di me, acciò io venga obbligato di staccar questa cosa dalla mia, e quindi restituirgliela: *Gemma inclusa auro* (1) *alieno, vel sigillum candelabro* (2), *vindicari non potest; sed ut excludatur ad exhibendum agi potest*; l. 6, ff *ad exhib.*

178 La legge delle XII tavole portava in un caso una eccezione al diritto che ha quegli cui apparteneva la cosa unita alla mia, di chiederne la separazione. Il caso era quello nel quale io avessi adoperati per la fabbrica della mia casa de' materiali di altrui pertinenza. La legge non permetteva in tal caso ch'io venissi obbligato a distaccarneli: *Tignum alienum aedibus junctum ne solvito.* Essa voleva invece che io fossi obbligato a restituire il doppio prezzo dei materiali a colui al quale essi appartenevano; ma se prima ch'io glielo avessi restituito, la mia casa veniva ad essere demolita, egli allora ricuperava il dominio di que' materiali che se ne trovavano separati. Così insegna Gajo: *Quum in suo loco aliena materia aedificaverit, ipse dominus intelligitur aedificii* (3), *quia omne quod inaedificatur solo cedit; nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuit, desiit ejus dominus esse* (4): *tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea agere, propter legem Duodecim tabularum, qua cavetur* ne quis tignum aedibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet. *Appellatione autem* tigni *omnes materiae significantur ex quibus aedificia fiunt. Ergo si ex aliqua causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus nunc eam vindicare et ad exhibendum agere*; *l.* 7, § 10, ff. *de acq. rer. dom*

Il diritto francese ha adottata questa decisione della legge delle XII tavole, eccetto la pena del doppio, che non è in uso. Esso condanna soltanto colui che ha adoperati nella sua

(1) Per esempio in una tabacchiera, o altro vaso.
(2) Ad una piccola statua.
(3) E per conseguenza di questi materiali che ne fanno parte.
(4) Quantunque egli ne abbia perduto il dominio, quanto alla sottigliezza del diritto, finchè questi materiali restano uniti al mio edifizio, egli non lo ha perduto intieramente, per la speranza che ha di ricuperarli, se vengono ad esserne distaccati.

fabbrica gli altrui materiali a restituire al padrone di questi il prezzo che valgono, a norma della stima che ne fanno i periti.

179. Devesi parimenti applicare ciò che è stato deciso nel caso ch'io avessi adoperati nella fabbrica della casa gli altrui materiali, a tutti gli altri casi ne' quali la cosa ch'è stata unita alla mia non potesse esserne distaccata senza danneggiar molto la mia; allorchè quegli a cui la cosa apparteneva promuove l'azione contro di me, perchè venga obbligato a staccarnela e restituirgliela, il giudice, specialmente quando le cose passarono di buona fede, dee ammettere sopra tale domanda le offerte che io faccio di pagargliene il prezzo e quindi assolvermi dall'istanza. Per esempio nel caso ch'io avessi dato ad un sarto della stoffa e de'galloni perchè me ne facesse un abito, se il sarto che aveva nella sua bottega un gran numero di abiti gallonati da fare per diverse persone, si è ingannato nei galloni, ed ha cucito sopra il mio abito i galloni che appartenevano ad un altro, più larghi e più belli dei miei; se quegli cui appartenevano questi galloni domanda ch'io glieli restituisca, siccome non possono più scucirsi senza guastare il mio abito, debbo essere ammesso ad offrirgliene il prezzo.

Quando la cosa che non mi apparteneva e che ho unita alla mia è di natura fungibile, che si può perfettamente rimpiazzare da un'altra della medesima specie, è chiaro in questo caso ch'io non posso essere obbligato a restituire a colui al quale essa apparteneva precisamente la cosa medesima *in individuo* che io ho unita alla mia. Per esempio, se io avessi fatto legare una pietra preziosa con dell'oro che non mi apparteneva, basta ch'io renda a colui al quale apparteneva una simile quantità di oro.

§ 3. *Quale sia quella specie di unione che dà luogo al diritto di accessione.*

180. Si fa luogo al diritto di accessione quando due o più cose, appartenenti a diversi padroni, formano colla loro unione un corpo composto di parti coerenti; il dominio di quella che è in questo corpo la parte principale, fa acquistare per diritto di accessione a quello che ne è proprietario il dominio delle altre che ne sono le parti accessorie, come si è veduto ne'varj esempj addotti ne' paragrafi precedenti. Diversamente accade quando più cose appartenenti a diversi padroni sono unite in un corpo composto di parti che non sono tra loro coerenti, come sarebbe un gregge, una mandra. Non si fa luogo in tal caso a verun diritto di accessione, ed ognuno conserva un dominio separato del bestiame che ha in quella mandra. Questa è la distinzione che fa il giureconsulto Paolo: *In his corporibus quae ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem, ut singuli homines* (1), *singulae oves, ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus, sed et te arietem vindicare posse; quod non idem cohaerentibus corporibus eveniret. Nam si statuae meae brachium alienae statuae addideris, non potest dici brachium tuum esse, quia tota statua uno spiritu continetur; l.* 23, § 5, v. *at in his ff. de rei vindic.*

ARTICOLO V.

Della specificazione e della confusione.

§ 1 *Della specificazione.*

181. Dicesi specificazione quando taluno ha formato e dato l'essere ad una nuova sostanza con una materia non sua. Ciò segue, o in modo che la materia impiegatavi non possa più riprendere la primiera sua forma, come quando taluno ha fabbricato una pezza di panno colla mia lana; ovvero in modo ch'essa possa riprendere la prima sua forma, come quando un orefice avendo comperato di buona fede da un terzo una verga di argento che mi apparteneva, ne ha formato del vasellame; la

(1) *Ex quibus constat mancipiorum meorum familia.*

mia verga di argento non è talmente distrutta che non possa riprendere la primiera sua forma di verga, ponendo nel crogiuolo il vasellame che ne fu fatto.

182 Le due sette delle scuole dei giureconsulti romani ebbero delle opinioni affatto opposte sulla questione diretta a sapere, se la nuova sostanza che taluno ha formata di una materia che non gli apparteneva, dovesse o no appartenere al proprietario della materia. I Sabiniani sostenevano che, sia che la materia adoperata per fare la cosa possa riprendere la primiera sua forma, sia che non lo possa, la cosa non era tanto una nuova sostanza, quanto una nuova modificazione della materia; che essa non era che un accessorio della materia che doveva per conseguenza appartenere al proprietario della materia. Al contrario i Proculejani, imbevuti delle massime della filosofia stoica, una delle quali era che *forma dat esse rei*, vale a dire, che la forma sostanziale di ogni cosa ne costituiva l'essenza, e che la materia di cui era fatta non n'era che l'accessorio, sostenevano, coerentemente a questi principj, che colui che aveva fatta una cosa con una materia non sua, n'era il proprietario, siccome colui che le aveva dato l'essere, sia che la materia colla quale era stata fatta potesse, sia che non potesse riprendere la primitiva sua forma.

Questo è ciò che noi impariamo da Gajo, il quale ci riporta le differenti opinioni delle due scuole: *Quum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant hunc dominum esse qui fecerit, quia quod factum est antea nullius fuer t Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem ejus quoque quod ex ea materia factum sit, dominus esset, quia sine materia nulla species esse possit: veluti si ex auro, vel argento, vel aere vas aliquod fecero, vel ex tabulis tuis navem aut armarium aut subsellia fecero, vel ex lana tua vestimentum, vel ex vino et melle tuo mulsum, vel ex medicamentis tuis mplastrum aut collyrium, vel ex uvis aut oleis aut spicis tuis vinum vel oleum vel frumentum*; *l.* 7, § 7, *ff de acq. rer. dom.*

183. Gajo osserva assai bene, che l'esempio del frumento cavato dalle spighe è citato male a proposito. Prima che io avessi fatto del vino o dell'olio dalle uve o dalle olive di un altro, non eravi ancora cosa alcuna che esistesse nella forma di olio o di vino, dunque io ne sono l'autore; ma i grani del formento che io feci uscir dalle spighe battute, esistevano già nella loro forma di grani di formento prima della loro battitura: io non gli ho fatti certamente, ma soltanto li distaccai dalle spighe ove erano racchiusi, quindi essi non debbono, a senso ancora de'Proculejani, appartenermi; ma debbono continuare ad appartenere a colui al quale già appartenevano quando erano racchiusi nelle loro spighe: *Quum grana quae spicis continentur perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam quae est detegit*; *d* § 7.

Gajo avrebbe dovuto dirne altrettanto del vino che è stato fatto delle mie uve, o dell'olio che è stato fatto delle mie olive. Colui che ha spremute le mie uve od olive non fece altro che spremere il vino o l'olio che vi erano contenuti, e sbarazzarli da'loro inviluppi.

184 Affinchè quegli a cui la materia apparteneva ne perdesse il dominio, bisogna, anche secondo il sistema de'Proculejani, ch'essa avesse perduta la forma sostanziale e principale per passare in un'altra; ma quando la mia cosa, conservando sempre la sua forma sostanziale e principale, ricevesse soltanto da qualcuno l'addizione di qualche forma accidentale, come sarebbe se un tintore desse alla mia lana una tintura di porpora che non aveva, io conservo il dominio della mia lana; perchè sebbene sia tinta in porpora, essa rimane sempre lana, e conserva sempre la sua forma di lana, che è la sua forma principale e sostanziale: il colore di porpora che se le è dato, non è che un colore avventizio ed accidentale. Così insegna Labeone, che era il capo

della scuola de'Proculejani: *Si meam lanam feceris purpuream, nihilominus meam esse. Labeo ait; quia nihil interest, inter purpuram et eam lanam; quae in lutum aut coenum ceciddisset atque ita pristinum colorem perdidisset*; *l.* 26, § 3, *ff. de acq. rer dom.*

185. Si osservi però non esservi luogo a siffatta questione che divideva le due scuole, se non se quando io avessi fatta in mio nome e per me una cosa con una materia appartenente ad un altro senza il di lui consenso. Imperciocchè s'io l'avessi fatta a nome e per quello al quale apparteneva la materia, cessa ogni dubbio sì nell'uno che nell'altro sistema, che a lui e non a me debba appartenere la cosa; di fatti facendolo io per lui ed in suo nome, è come se l'avesse fatta egli stesso, non avendogli io prestato che il braccio e l'opera mia.

Parimenti, quand'io fo per me stesso e in mio nome una cosa con una materia non mia, ma col consenso di quello a cui essa apparteneva, e che si è compiaciuto di darmela, non vi ha dubbio in tal caso che, tanto nell'uno che nell'altro sistema, la cosa dee appartenermi. Egli è perciò, che Callistrato, dopo di aver riferita la dottrina de' Sabiniani, i quali nel caso che alcuno avesse fatta per sè ed in proprio nome una cosa con una materia che non gli apparteneva, attribuiscono il dominio della cosa a colui al quale appartiene la materia di cui essa è fatta, preferibilmente a quello che l'ha fatta, apporta ben tosto la seguente eccezione: *Nisi voluntate domini (materiae) alterius nomine id factum sit; propter consensum enim domini, tota res ejus fit cujus domine facta est*; *l.* 25, *ff. de acq. rer. domin.*

186. Alcuni giureconsulti portavano una terza opinione. Essi distinguevano il caso in cui nel fare una cosa con una materia non mia, io avessi talmente distrutta la prima forma di questa materia, ch' essa non potesse più ripigliarla, da quello in cui potesse riprenderla.

Nel primo caso, per esempio, se io avessi adoperato di buona fede il vostro vino ed il vostro mele che credea appartenermi per fare dell'ipocrasso; o avessi composto egualmente di buona fede un unguento con delle materie a voi appartenenti; questo ipocrasso, questo unguento formando delle nuove sostanze, e non delle semplici modificazioni delle materie da me adoperate, le quali materie sono intieramente distrutte e non possono più riprendere la primitiva loro forma, queste nuove sostanze non possono appartenere ad altri che a me che ho dato loro l'essere: le vostre materie con cui le ho composte essendo intieramente distrutte, e non esistendo più, voi potete soltanto pretenderne il prezzo; o che ve ne renda altrettanto, in pari quantità e qualità.

Nel secondo caso, allorchè nel fare una cosa con una materia non mia, non ne avessi distrutta la prima forma, cosicchè potesse riprenderla; per esempio, se io avessi fatto un vaso di argento con una verga che vi apparteneva, essi decidevano in questo caso che la vostra verga, sebbene io le avessi data la forma di un vaso, potendo riprendere la prima sua forma di verga col rifonderla in un crogiuolo, non aveva cessato di esistere, e quindi voi ne conservavate sempre il dominio, il quale per diritto di accessione vi faceva acquistare, secondo il sistema de' Sabiniani, la forma di vaso di argento che io le avea data, la quale non doveva in tal caso essere riguardata che come una forma accidentale ed accessoria della vostra materia. Così c'insegna Gajo: *Est media sententia recte existimantium, si species ad materiam reverti possit, verius esse quod et Sabinus et Cassius censerunt; si non possit reverti, verius esse quod Nervae et Proculo placuit: ut ecce vas conflatum ad nudam massam auri vel argenti vel aeris reverti potest; vinum vel oleum ad uvas vel olivas reverti non potest, ac ne mulsum quidem ad mel et vinum; vel emplastrum aute collyria ad medicamenta reverti possunt*; *l.* 7, § 7, *ff. de acq. rer. dom.*

Si noti che Gajo ha male a proposito compreso tra gli esempj del caso, in cui taluno ha formata una nuova sostanza con delle materie non sue, quelli del vino o dell' olio che alcu-

ne ha fatto colle mie uve o colle mie olive; imperciocchè il vino e l'olio ch'egli ne espresse, esistevano già ed eran racchiusi nelle mie uve ed olive, quindi non diede già l'essere ad una sostanza, egli non fece che spremerli dalle mie uve e dalle mie olive, sciogliendoli dagli inviluppi che li racchiudevano. Questa non è dunque propriamente parlando una specificazione, nè v' ha alcun dubbio che se taluno avendo trovata la raccolta, sia delle mie uve sia delle mie olive, da lui prese in isbaglio per sue, le avesse fatte porre sotto il torchio per farne del vino e dell' olio, quel vino e quell' olio che mi appartenevano finchè si trovavano racchiusi nelle mie uve ed olive, debbono continuare ad appartenermi coll' obbligo per mia parte di pagarne la sola spremuta.

187. Giustiniano ha adottata la terza di siffatte opinioni nelle sue Istituzioni, *tit. de rer div.* § 25. In questa terza opinione che Giustiniano ha abbracciata, la medesima distinzione che fassi nel caso in cui taluno avesse fatta una cosa intieramente con una materia che mi apparteneva, ha luogo parimente nel caso in cui l'avesse fatta in parte colla mia ed in parte colla sua propria materia. Se per fare questa cosa egli ha distrutta la sua materia e la mia, cosicchè non possano più riprendere la loro forma primiera, la cosa da lui fatta con queste materie gli appartiene intieramente. Ma se la mia materia e la sua da esso impiegate per fare la cosa che ha fatta, non sono del tutto distrutte, ancorchè fossero commiste in modo che vi fosse della difficoltà a separarle, la cosa dee appartenere in comune a lui ed a me, in proporzione della materia che rispettivamente vi abbiamo: *Pomponius scribit, si ex melle meo et vino tuo factum sit mulsum, quosdam (Sabinianos scilicet) existimasse id quoque communicari; sed puto verius, ut et ipse significat, ejus potius esse qui fecit, quoniam suam speciem pristinam non continet: sed si plumbum cum argento mixtum fuerit, pro parte esse vindicandum... nec unquam erit dicendum quod in mulso dictum est, quia utraque materia etsi confusa, manet tamen*; *l.* 5, § 1, *ff. de rei vindic.*

188. Questa terza opinione preferità da Giustiniano sembra per verità la più equa e dee esser seguita, in modo però che si debba lasciare all' arbitrio del giudice l' allontanarsene a tenore delle diverse circostanze: per esempio, un orefice ha comperato di buona fede da una persona cognita delle verghe di argento che mi erano state rubate, ed ha formato con queste un eccellente lavoro; tuttochè le mie verghe colle quali il lavoro fu fatto, non siano talmente distrutte che ripigliare non possano la primiera loro forma, ciò non di meno io non devo essere ammesso a rivendicare il lavoro fatto colle mie verghe, offrendo soltanto di pagare il prezzo della fattura di un vasellame ordinario; ma l' orefice deve essere ammesso a ritener la sua opera, restituendomi dell' argento in massa, di pari peso e qualità; essendo le verghe per loro natura tra le cose fungibili che si rimpiazzano con altre simili; rendendomi ciò, è lo stesso che rendermi le mie verghe.

189. Suppongasi da un'altra parte, ch'io avessi de'semplici rarissimi venutimi dall' America, co' quali mi fossi prefisso di comporre un unguento eccellente. Mi vengono questi rubati e venduti ad uno speziale, che di buona fede li compra e ne fa un unguento simile a quello ch'io mi era proposto di fare. In tal caso sebbene que'semplici convertiti in unguento non possano più ripigliare la loro forma primiera, nondimeno in questo caso particolare, siccome sono essi che formano tutto il valor dell' unguento, la fattura essendo piccolissima cosa, io credo che debbasi, contro la regola ordinaria, aggiudicarmi l' unguento, che è stato fatto co' miei semplici, coll' obbligo per mia parte di pagare allo speziale il prezzo della sua fattura. Lo speziale, a cui viene pagato il prezzo della fattura, non soffre alcun pregiudizio; al contrario, se esso venisse ammesso a ritenere l'unguento, pagandomi il valor de'miei semplici, io ne soffrirei un gravissimo, imperciocchè oltre all' esser difficile di

fissar loro un giusto prezzo, qualunque fosse la somma che si offrisse di darmi, io non potrei averne altri di simile qualità e perfezione.

Della confusione.

190. La confusione è anch' essa un modo di acquistare per diritto di accessione, *vi ac potestate rei suae.*

Quando una cosa è formata dal miscuglio di parecchie materie, appartenenti a diversi proprietarj, essi acquistano in comune la cosa formata da questo miscuglio, e ciascuno ne ha una parte indivisa, in proporzione di ciò che apparteneva a cadauno di essi nelle materie colle quali detta cosa è stata formata.

Per esempio, se una mezza botte di vino bianco del valore di 50 lire, che mi apparteneva, fosse stata mischiata con una mezza botte di vino rosso, del valore di 100 lire che apparteneva a voi; la botte di vino formato da questo miscuglio ci apparterrà in comune, a voi per due terzi ed a me per un terzo, perchè la vostra materia che vi è entrata è del doppio valore riguardo alla mia.

Ciò non ha luogo solamente nel caso che questo miscuglio si faccia per volontà di coloro a' quali le materie appartengono; nel qual caso non vi può essere dubbio che la cosa da questo miscuglio prodotta sia loro comune: *Voluntas duorum dominorum miscentium materias commune totum corpus efficit*; *l.* 7, § 8, ff. *de acq. rer. dom.* Ma ha luogo altresì allorchè questo miscuglio si fa a caso e senza saputa de' proprietarj delle materie. *Sed etsi* (prosegue Gajo) *sine voluntate dominorum casu confusae sint duorum materiae, vel ejusdem generis, vel diversae, idem juris est*; *d. l.* § 9. Coloro a' quali appartenevano quelle materie acquistano in comune la cosa formata da tale miscuglio, ciascuno in proporzione della sua materia; e fanno rispettivamente questo acquisto per una specie di diritto di accessione, *vi ac potestate rei suae.* Il dominio che ciascuno di essi ha della materia che ha contribuito alla formazione di questa cosa, produce a cadauno di essi, *vi ac potestate suae materiae*, una parte nella cosa, come essendo per questa parte una produzione di questa materia.

191. Si noti una gran differenza tra il caso in cui il miscuglio delle materie facciasi fortuitamente e senza saputa dei proprietarj delle medesime, e quello in cui facciasi di loro consenso. In quest' ultimo caso essi acquistano in comune la cosa formata da siffatto miscuglio, sia che le loro materie delle quali essa è formata siano separabili, sia che no: ma nel primo caso, quando il miscuglio fortuitamente si è fatto e senza saputa dei proprietarj, essi acquistano in comune la cosa formata da questo miscuglio nel solo caso che le materie delle quali è composto non possano più separarsi; come accade allorquando si sono mescolati insieme de' vini appartenenti a diversi padroni, o quando si è mescolato il mio vino col vostro miele. Ma quando le materie sono separabili, non si fa in virtù di tale miscuglio verun acquisto in comune della cosa che è risultata dal detto miscuglio. Ciascuno di coloro a' quali appartenevano le diverse materie conserva in tal caso un dominio separato della materia ch' egli ha in questa cosa, riputandosi che le materie di cui essa è composta non sieno state distrutte dal miscuglio che se n' è fatto, ma continuare non ostante la loro mescolanza a sussistere tali quali erano per lo innanzi; questo è ciò che insegna Callistrato: *Si aere meo et argento tuo conflato aliqua species facta sit, non erit ea nostra communis; quia quum diversae materiae aes atque argentum sit, ab artificibus separari et in pristinam materiam reduci solet*; *l.* 12, § 1, ff. *de acq. rer. dom.*

192. Mi parrebbe più equo e più ragionevole il dire che quando la mia materia, la quale mediante il suo miscuglio colla vostra ha formata la cosa, superi di molto la vostra materia e per la quantità e per lo prezzo, cotesta cosa debba appartenermi, coll' obbligo per parte mia di rendervi il prezzo della vostra materia, o, se meglio stimiate, coll' obbligo di restituirvi altrettanto di questa materia sì in peso che in qualità.

Io penso altresì, che nel caso in cui la materia di uno de' proprietarj fosse a un di presso eguale in quantità ed in valore a quella dell'altro, se la separazione di queste materie, comechè possibile, non potesse però senza danno effettuarsi, la domanda che l'uno di essi facesse, per capriccio, della separazione delle materie, dovrebbe esser rigettata qualora l'altro proprietario gli esibisse di porre all'incanto la cosa comune, ove il primo non preferisse che se gli rendesse il valore della sua materia o in denari, o in una simile quantità o in pari peso e misura.

I giureconsulti romani aveano spinta sopra siffatto argomento la loro sottigliezza sino al punto di dire che quando due mucchi di biade, appartenenti a due diversi padroni, erano stati confusi in un solo mucchio in modo di non poterli più separare, il mucchio non diveniva perciò comune, purchè non lo si fosse formato di consenso dei proprietarj; avvegnachè i granelli delle loro biade, quantunque frammisti, continuando ad esistere nella stessa sostanza, e tali quali erano per l'avanti, ognuno continuava ad avere nel mucchio un dominio separato del grano che vi aveva; *l.* 5, *ff. de rei vindic.* Questa è una mera sottigliezza: non essendovi certamente chi possa separare il grano frammisto, è necessario dichiarare il cumulo comune tra loro, nel quale ciascuno ha una parte indivisa, in proporzione della quantità e qualità del grano che hanno rispettivamente nel mucchio: per esempio, se io ne avessi tre moggi e voi due, il di cui prezzo eguagliasse quello dei miei tre, il mucchio sarebbe comune tra noi, metà per ciascuno.

SEZIONE IV.

Della tradizione.

193. Noi abbiamo trattato nelle precedenti sezioni dell'occupazione e dell'accessione, che sono i modi di acquistare per diritto naturale il dominio delle cose che non appartengono ad alcuno, ed a' quali i dottori hanno dato il nome di *modi acquirendi dominii originarii.* Tratteremo in questa di un terzo modo di acquistare il dominio, che è la tradizione per cui si fa passare il dominio d'una cosa da una persona in un'altra, e che dai dottori viene chiamato, *modus acquirendi dominii derivativus.*

Questo modo di acquistare il dominio delle cose, è preso dal diritto naturale, al pari de' precedenti. *Hae quoque res quae traditione nostrae fiunt, jure gentium nobis acquiruntur; nihil enim est tam conveniens naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi*; *l.* 9, § 3, *ff. De acq. rer. dom.*

Vedremo nel primo articolo cosa sia la tradizione, e quali ne siano le differenti specie; nel secondo, tratteremo delle condizioni richieste per far passare il dominio in colui al quale la tradizione vien fatta; nel terzo parleremo dell' effetto della tradizione.

ARTICOLO PRIMO.

Cosa sia la tradizione, e quali ne siano le diverse specie.

194. La tradizione è la traslazione che fa una persona in un'altra del possesso di una cosa: *Traditio est possessionis datio.*

Se ne distinguono più specie, la tradizione reale, la tradizione simbolica, la tradizione *longae manus*, la tradizione *brevis manus.* Finalmente vi sono delle tradizioni finte che risultano da certe clausole apposte agli atti di donazione, di vendita ed altri consimili.

§ 1. *Della tradizione reale.*

195. La tradizione reale è quella che fassi mediante un'apprensione corporale della cosa fatta da quello al quale intendesi farne la tradizione, o da qualche altro per di lui parte.

Allorchè la cosa è un mobile corporale, la tradizione reale se ne fa ad una persona, consegnandola nelle sue mani, o in quelle di un altro che la riceve per lei di suo ordine. Per esempio, se io avessi comprato un li-

bro da un librajo, questo librajo mi fa la tradizione reale del libro consegnandolo nelle mie mani, o in quelle del mio domestico, per mezzo del quale mandai a ricercare quel libro.

196. Quando la cosa consista in una terra, in un campo, la tradizione reale se ne fa allorquando di mio consenso la persona, a cui intendo di farla, si trasferisce sul fondo di questa terra, o da se medesima, o per mezzo di un altro che vi si trasferisce per essa e di suo ordine.

Se la cosa consiste in una casa, il venditore che me l'ha venduta me ne fa la tradizione reale, levandone i mobili che vi ha dentro, e lasciandovi portare i miei.

197. Se poi la cosa che voi mi avete venduta o donata fosse annessa al vostro fondo e ne facesse parte, per esempio, se mi aveste venduto o donato delle pietre da me scavate nel vostro fondo con vostra permissione, oppure degli alberi che mi aveste permesso di tagliare, la tradizione reale se ne farebbe mediante la separazione che io facessi fare con vostro permesso di detta cosa dal terreno cui era annessa, e ne acquisterei mediante tale tradizione il dominio, tostochè la cosa venisse staccata e separata dalla terra: *Qui saxum mihi eximere de suo permisit donationis* (1) *causa, statim quum lapis exemptus est, meus fit, neque prohibendo me evehere efficit ut meus esse desinat, quia quodammodo traditione meus factus est. . . . quasi enim traditio videtur facta quum eximitur domini voluntate. Quod in saxo est, idem erit etiamsi in arbore caesa vel dempta acciderit*, *l.* 6, ff. *de acq. rer. dom.*

198. Non è necessario per la tradizione reale, neppure di un fondo, che se ne stenda un atto iscritto, e che quegli che me ne fa la tradizione ne abbia espressamente detto che me la fa; basta ch' egli abbia tollerato che io mi trasferissi in persona sopra il suo fondo, o per mezzo di un altro di mio nome, per pormi in possesso: *Licet instrumento non sit comprehensum quod tibi tradita sit possessio; ipsa tamen veritate id consecutus es, si sciente venditore in possessione fuisti*; *l.* 2. *Cod. de acq. poss. Non idcirco minus emptio perfecta* (2) *est quod. . . . instrumentum vacuae possessionis inductum est; nam secundum consensum auctoris in possessionem ingressus recte possidet*; *l.* 12, *Cod. de contrahen. empt.*

§ 2. *Della tradizione simbolica.*

199. La tradizione simbolica è quella per cui si consegna nelle mani della persona alla quale s' intende fare la tradizione d' una cosa, non già la cosa medesima, ma qualche altra che la rappresenta, e che mette in suo potere la cosa di cui s' intende farle la tradizione.

Questa tradizione equivale alla tradizione reale che si facesse della cosa medesima: per esempio, quand' io vi ho consegnato nelle mani le chiavi di un magazzino in cui stanno racchiuse le merci che mi sono obbligato di rilasciarvi, perchè le possiate prendere a vostro piacere, io vengo reputato, mediante questa tradizione di chiavi, di avervi fatta la tradizione delle merci: *Si quis merces in horreo repositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptoram*; *l.* 9, § 6, ff. *de acq. rer. dom.*

Papiniano voleva che affine che questa tradizione delle chiavi del magazzino equivalesse alla tradizione delle merci ripostevi, la si facesse *in re presenti*, alla vista del magazzino: *Clavibus traditis, ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint; quo facto confestim emptor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuit horrea*; *l.* 74, ff. *de contrah. empt.*

Secondo il nostro diritto io sono d' avviso che in qualunque luogo siano state consegnate le chiavi, purchè quegli cui furono consegnate sappia dove è il magazzino, la tradizione delle merci si debba considerare già fatta.

200. La tradizione che il vendito-

(1) Aut quovis alio titulo, nil refert.

(2) Perfectam hic intelligit, non quae per consensum perfecta est, sed quae per traditionem consummata est.

re o donante di una casa facesse delle chiavi della medesima al compratore o donatario dopo averne asportati tutti i suoi mobili, parmi che anche essa debba ritenersi per una tradizione simbolica della casa, che deve equivalere ad una tradizione reale.

201. La tradizione delle carte e documenti di una cosa è parimenti una tradizione simbolica equivalente alla tradizione reale: *Emptionem mancipiorum instrumentis donatis ac traditis, et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis*; *l.* 1, *Cod. de donat.*

§ 3. *Della tradizione* longae manus.

202. La tradizione che dicesi *longae manus*, è quella che si fa senza alcuna apprensione corporale della cosa della quale s' intende fare la tradizione, e che consiste nella sola indicazione che viene fatta di questa cosa a colui al quale s' intende consegnarla, colla facoltà che gli è data di mettersene in possesso.

Questa tradizione equivale alla tradizione reale: per esempio, quando un mercante di legna che mi ha venduto un grosso tronco di albero che trovasi nel suo cortile, mi dà col mostrarmelo la permissione di farlo asportare a mio comodo, questa permissione ch' ei mi dà col mostrarmelo, è riguardata come una tradizione che egli mi fa di quel grosso tronco. Da quell' istante io vengo considerato cominciare a possederlo *oculis et affectu*, anche prima che alcuno per parte mia si sia mosso per trasportarlo. Laonde Paolo disse: *Non est corpore et actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu, et argumento esse eas res quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas: nam pro traditis eas haberi si in re praesenti consenserint*; *l.* 1, § 21, ff. *de acq. possess.*

203. Giavoleno va più innanzi, e dice che questa specie di tradizione si considera farsi anche a riguardo d'una somma di danaro o di qualsivoglia altra cosa, quando colui che me la deve me la pone sott' occhio e la lascia sulla mia tavola. La tradizione, secondo questo giureconsulto, si considera da quel momento a me fatta, ed io vengo riputato possederla prima di averla toccata: *Pecuniam quam mihi debes aut aliam rem, si in conspectu meo ponere te jubeam, efficitur ut et tu statim libereris et mea esse incipiat; nam tum quod a nullo corporaliter ejus rei possessio detineretur, acquisita mihi, et quodammodo longa manu tradita* (1) *existimanda est*; *l.* 79, ff. *de solut.*.

204. Siffatta tradizione può praticarsi altresì riguardo ai poderi. Il mostrarmi che fa taluno un podere che mi ha venduto, *puta* dall' alto di una torre, colla facoltà ch' ei mi accorda di pormene in possesso, equivale ad una tradizione reale del fondo: *Si vicinum mihi fundum mercato, venditor in mea turri demonstret, vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere caepi, quam si pedem in finibus intulissem*; *l* 18, § 2, ff. *de acq. possess.*

In tutti questi casi, gli occhi di colui al quale si mostra la cosa di cui s' intende fargli la tradizione, fanno per così dire la funzione dei suoi piedi e delle sue mani, e gli fanno acquistare il possesso del podere mostratogli, come s' egli vi si fosse trasferito in persona, e quello di una cosa mobile, egualmente come se la avesse ricevuta nelle sue mani.

§ 4. *Se il segno che mette un compratore col consenso del venditore alle cose vendutegli, tenga luogo di tradizione.*

205. Si reputa che questo segno tenga luogo di tradizione riguardo alle cose di gran peso. Paolo dice: *Videri trabes traditas quas emptor signasset*; *l.* 14, § 1, ff. *de peric. et comm.* Ma riguardo alle cose che si possono facilmente trasportare, il segno che il compratore vi mette, è riputato non esservi posto che *in argumentum venditionis contractae*, e

(1) Longam manum Javolenus appellat oculos et affectum possidenti, qui in hac specie, in adipiscenda rei possessione manus officium supplent, et sunt instar longae manus qua quam rem longius positam prehendere videmur.

affin d' impedire che se ne sostituiscano altre: e si ritiene che esso non contenga una tradizione: *Si dolium signatum sit ab emptore, Trebatius ait traditum id videri: Labeo contra, quod et verum est; magis enim ne summutetur signare solere, quam ut traderi tum videatur*; *l.* 1, § 2, ff. *d. tit.* Ciò nulla ostante si deve a questo proposito seguire la consuetudine de' luoghi; se l'uso del luogo, dove si è fatto il contratto, fosse di riguardare il segno posto col consenso del venditore sulla cosa venduta, come equivalente alla tradizione, converrebbe conformarvisi.

§ 5. *Della tradizione che si reputa intervenire mediante la finzione* brevis manus.

206. Cotesta finzione ha luogo, quando io voglio trasferire il dominio di una cosa in taluno che già la possiede, *puta* a titolo di prestito, di deposito, di locazione. La finzione consiste nel fingere che egli mi abbia restituita la cosa da me ricevuta, *puta* a titolo di locazione, e che io gliela abbia subito consegnata di nuovo per possederla quindi innanzi a titolo di vendita o di donazione da me fattagli, come nel caso che segue: *Quaedam mulier fundum ita non marito donavit per epistolam. . . . . Proponebatur quod etiam in eo, qui donabatur, fuisset* (1), *quum epistola emitteretur; quae res sufficiebat ad traditam possessionem*; *l.* 77, ff. *de rei vindic.*

Questa invenzione della finzione *brevis manus* è in questo ed altri simili casi affatto inutile; è meglio il dire più semplicemente che si può trasferire ad alcuno il dominio di una cosa col solo consenso delle parti e senza veruna tradizione, quando la cosa si trova già nelle sue mani. Questo è appunto ciò che dice Gajo: *Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam commodavi aut locavi tibi, aut apud te deposui, vendidero tibi*; *l.* 9, § 5, ff. *de acq. rer. dom.*

207. La finzione *brevis manus* è meglio impiegata nel caso in cui per presentarvi una somma di danaro, io ve la faccio contare da un mio debitore il quale me la deve. È in virtù di questa finzione *brevis manus* che si reputa intervenire fra noi un contratto di prestito di questa somma; imperciocchè essendo dell' essenza di tal contratto che appellasi *mutuum quasi de meo tuum*, che il dominio della somma che io vi presto passi da me in voi, è d' uopo per siffatta finzione che il mio debitore, il quale vi conta questa somma, me ne faccia prima acquistare il dominio mediante una finta tradizione ch'ei fa per pagarmela, e che avendone io per tal modo acquistato il dominio, ve ne faccia per di lui mezzo la tradizione.

Ulpiano tratta di questa finzione *brevis manus* nella legge 15, ff. *de reb. cred.*, dove dice: *Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam; nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris* (2) *mihi, quamvis meo* (3) *nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis* (4) *recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut quum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta.*

§ 6. *Della tradizione che risulta da certe clausole apposte al contratto di vendita o di donazione della cosa, o ad altri contratti simili.*

208. Vi sono parecchie clausole che si appongono a' contratti di vendita o di donazione d' una cosa, ed altri

(1) Supple *donatarius.*

(2) Ex mutuo mutuum videtur contractum.

(3) Quamvis nummi quos accepisti, in rei veritate, non fuerint mei nummi, sed nummi debitoris, qui eos meos jussu tibi numeravit; nam per fictionem brevis manus, intelliguntur fuisse mei. *V. not. seg.*

(4) Id est fictio quae recipitur in duabus personis, scilicet in persona debitoris, qui nummos jussu meo tibi numerando, fingitur eos prius mihi solvisse, et meos effecisse; et in mea persona, quia fingor eos nummos mihi a debitore meo solutos et meos effectos, tibi per ministerium hujus debitoris numerasse.

contratti simili, le quali si considerano contenere una tradizione finta di questa cosa, qual'è la clausola che dicesi del *costituto*.

La clausola del *costituto* contiene una specie di tradizione finta. Questa è una clausola che si mette in un contratto di donazione o di vendita, o in qualche altra specie di contratto, per cui il venditore o il donante, continuando a ritenere presso di sè la cosa venduta o donata, dichiara di non tenerla d' ora in avanti che per e a nome del compratore o del donatario.

In forza di questa clausola il venditore o il donante è riputato fare la tradizione della cosa al compratore o donatario, che si considera prenderne possesso per mezzo della persona del venditore o donante, mercè la dichiarazione che questo o quello fa di possedere quindi innanzi a nome del compratore.

209. Si può dire altrettanto della clausola di precario con cui il venditore o il donante dichiara, che non intende di più tenere la cosa donata o venduta che precariamente per parte del compratore o del donatario.

210. La clausola di ritenzione di usufrutto in un contratto di donazione o di vendita, o in qualche altro contratto, contiene egualmente una tradizione finta della cosa donata o venduta; imperciocchè l'usufrutto essendo essenzialmente il diritto di godere della cosa altrui, nè potendo alcuno, *per rerum naturam*, essere usufruttuario della sua propria cosa, il donante o il venditore, dichiarando di ritenere l' usufrutto della cosa donata o venduta, dichiara bastantemente che non la ritiene più in suo nome, e come cosa a sè appartenente, ma a nome del donatario o compratore, e come una cosa appartenente al detto donatario o compratore, il quale è considerato per ciò prenderne possesso per mezzo del donante o venditore. Così venne deciso da una costituzione degl' imperatori Onorio e Teodosio il giovane: *Quisquis rem aliquam donando vel in dotem dando vel vendendo usufructum ejus retinuerit . . . eam continuo tradidisse credatur; nec quid amplius requiratur quo magis videatur facta traditio, sed omnimodo idem sit in his causis usumfructum retinere quod tradere*; l. 28. Cod. *de donat.*

211. È lo stesso della clausola con cui in un contratto di donazione o di vendita il donante o venditore prende ad affitto dal donatario o compratore la cosa donata o venduta: *Quaedam mulier fundum ita non marito donavit, et eumdem fundum ab eo conduxit, posse defendi in rem* (1), *ei* (*donatario*) *competere, quasi per ipsam acquisierit possessionem*; l. 77. ff. *de rei vindicat.*

Lo stesso dev' essere della clausola con cui il venditore o donante avesse dichiarato tenere la cosa a titolo di prestito o di deposito dal compratore o donatario.

212. I nostri Statuti hanno seguito le disposizioni del diritto romano sopra queste clausole, e le riguardano come includenti una tradizione equivalente alla tradizione reale. Quello di Meaux, cap. 3, art. 13, dice in termini formali: *La ritenzione di usufrutto equivale ad una vera tradizione reale ed attuale*. Quello di Sens, *art.* 230, parla *della clausola traslativa di possesso, come costituto, ritenzione di usufrutto, precario o altro* Vedi quello di Parigi, art. 175, e la conferenza di Guenois sopra questo articolo.

213. Lo Statuto di Orleans, art. 278, vuole altresì che la semplice clausola di dispossesso (*dessaisine*), con cui il venditore o donante dichiara che lascia il possesso del fondo, e ne investe il compratore o donatario, ove sia inserita in un atto fatto avanti notajo, venga considerata includere una tradizione finta, che equivale alla tradizione reale. Ecco come esso si spiega: « I rilasci di possesso e le prese di possesso (*dessaisines-saisines*) fatte davanti notajo, riguardo alla cosa alienata, valgono ed equivalgono alla tradizione di fatto ed alla presa di possesso della cosa, senza che vi si richieda altra tradizione ».

(1) Actionem in rem quae soli domino competit.

Tre cose si richiedono per la tradizione finta che risulta da questa clausola: 1° che questa clausola sia inserita in un atto fatto innanzi notajo; poichè la sua virtù di passare per una tradizione equivalente alla tradizione di fatto, dipende dalla solennità dell' atto in cui è inserita, e dal carattere del pubblico funzionario che l'ha ricevuto; 2.° bisogna che il venditore o donante che dichiara nell' atto di spogliarsi del possesso della cosa, ed investirne il compratore o donatario, si trovi al momento che si stende l' atto in possesso reale di questa cosa; giacchè la finzione imita la verità; e siccome non è possibile che alcuno si spogli realmente del possesso che non ha, e ne investa un' altra persona, così non si può fingere che se ne sia dispossessato per impossessarne un altro; 3.° Fa d'uopo che dopo la confezione dell' atto, il venditore o donante non sia più rimasto in possesso del fondo, e che lo abbia lasciato vacante, di modo che il compratore o donatario abbia la facoltà di mettersene in possesso quando più gli piace.

§ 7. *Delle tradizioni che hanno luogo riguardo alle cose incorporali.*

214. Le cose incorporali non essendo suscettibili di possesso, poichè il possesso consiste in una detenzione corporale che si ha di una cosa, ne viene in conseguenza ch'esse non sono suscettibili di tradizione, non essendo questa altro che una traslazione di possesso. Ciò nondimeno siccome in mancanza di un possesso propriamente detto, si riconosce una specie di quasi possesso delle cose incorporali, il quale consiste nell' uso che se ne fa, così deve esservi una specie di tradizione delle cose incorporali.

Questa tradizione riguardo ai diritti reali come quelli di servitù, si fa *usu et patientia*, vale a dire, quando colui a vista e saputa del quale taluno ne usa, lo tollera e tace. Per esempio, s' io mi fossi obbligato di costituirvi un diritto di passaggio sopra il mio fondo, si ritiene ch'io vi abbia fatta la tradizione di questo diritto dal primo momento ch' io tollerai che voi cominciaste a passarvi; così, se mi fossi obbligato a concedervi un diritto di prospetto sulla mia casa, la tradizione si considererebbe fatta dal momento che voi avreste aperta una finestra nel muro divisorio e comune, e che io lo avessi sofferto.

215. Riguardo ai crediti, quando taluno mi ha fatta una cessione o trasporto di un credito, la tradizione se ne fa mediante la notificazione ch'io faccio fare del mio atto di trasporto a quello che n'è il debitore. Così è prescritto dall' art. 108 dello Statuto di Parigi, che forma su questo argomento un diritto comune. Vi si dice *un semplice trasporto non mette in possesso; fa d' uopo notificare il trasporto alla parte e rilasciarne copia.*

Questa notificazione si fa da un usciere. L'accettazione che il debitore fa del trasporto produce il medesimo effetto della notificazione del trasporto; essa tien luogo della tradizione del credito ceduto, e ne trasferisce la proprietà al cessionario; ma gli atti per iscrittura privata non avendo data contro i terzi che dal giorno in cui vengono loro presentati, come lo abbiamo veduto nel nostro Trattato delle Obbligazioni, *numero* 502, fa d'uopo, rispetto al terzo, che in mancanza di notificazione del trasporto, la data dell' accettazione del trasporto, che ne tien luogo, sia provata da un atto fatto innanzi notajo, o altrimenti.

Ove manchi la notificazione o la accettazione del trasporto del credito, la proprietà non è trasferita nel cessionario; il cedente ne rimane sempre proprietario. Il pagamento che gliene facesse il debitore dopo la cessione sarebbe valido, ed estinguerebbe il credito; i creditori del cedente possono sequestrare il suo credito nelle mani del debitore medesimo, e vengono preferiti al cessionario che non avesse ancora al momento del loro sequestro notificato il suo trasporto. Finalmente il cedente può, dopo la cessione fatta al primo cessionario, che non ha notificato il suo trasporto, fare trasporto e cessione del credito ad un secondo ces-

sionario, il quale se è più diligente del primo nel notificare al debitore questo secondo trasporto, acquisterà la proprietà del credito, salvo al primo cessionario il suo regresso contro il cedente.

216. Il principio, che la notificazione del trasporto di un credito sia necessario per tener luogo di tradizione di questo credito, e trasferire la proprietà nel cessionario, soffre eccezione riguardo alle lettere di cambio, ed a' biglietti ad ordine, perciocchè appena il proprietario del credito contenuto in una cambiale o in un biglietto ad ordine me ne fa la girata, passandomi il suo ordine a mio favore a tergo della lettera o del biglietto, e tostochè egli mi abbia rimessa nelle mani la predetta cambiale o biglietto, io divengo proprietario del credito che vi è contenuto, senza che io abbia fatta alcuna notificazione al debitore. Il mio cedente non può più cederlo ad un altro; i suoi creditori più non possono sequestrarlo nelle mani del debitore, e questi non può più validamente pagarglielo. Perciò quando il debitore di una somma portata da una lettera di cambio o da un biglietto ad ordine, vuol farne il pagamento, per pagare con sicurezza, dee farsi presentare e consegnare la predetta cambiale o biglietto, per conoscere se quello a cui paga ne sia ancora creditore.

217. Lo stesso principio soffre una seconda eccezione riguardo ai crediti portati dai biglietti o carte pagabili all' esibitore; se ne considera fare la tradizione colla tradizione de' biglietti e carte che li contengono.

ARTICOLO II.

Delle condizioni richieste affinchè la tradizione trasferisca la proprietà.

218. Noi troviamo necessario il concorso di quattro condizioni, affinchè la tradizione che si fa a taluno di una cosa, gliene trasferisca la proprietà, o a colui in nome del quale ei la riceve. Richiedesi 1.° che quegli che fa ad alcuno la tradizione di una cosa, ne sia il proprietario, o la faccia di consenso del proprietario; 2.° che questo proprietario che fa la tradizione o che vi acconsente, sia capace di alienare; 3.° che la tradizione sia fatta in virtù di un titolo vero o almen putativo, atto a trasferire la proprietà; 4.° richiedesi finalmente il consenso delle parti. Noi tratteremo di queste quattro condizioni in altrettanti paragrafi. Riporteremo in un quinto paragrafo una condizione che è particolare alla tradizione che si fa in esecuzione di un contratto di vendita.

§ 1. *Prima condizione. Fa d' uopo che la tradizione si faccia dal proprietario della cosa, oppure con suo consenso.*

219. Ella è una massima dedotta dalla natura stessa delle cose, che nessuno può trasferire in un altro maggior diritto in una cosa, di quello che ve ne abbia egli stesso: *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*; *l.* 14, ff. *de reg. jur.*

Dal che segue, che quegli il quale non è proprietario di una cosa, non può, mediante la tradizione che ne fa ad alcuno, trasferirgliene la proprietà, ch' egli non ha. Per la qual cosa dice Ulpiano: *Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit: si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert; si non habuit, ad eum qui accipit nihil transfert*; *l.* 20, ff. *de acq. rer. dom.* Lo che dee intendersi con questa restrizione, a meno che il proprietario non presti il suo consenso alla tradizione; imperocchè affine che la tradizione di una cosa fatta a' taluno possa in lui transferire la proprietà, non importa che sia il proprietario medesimo che ne faccia la tradizione, oppure un'altra persona di consenso del proprietario: *Nihil interest utrum ipse dominus per se tradat alicui rem, an voluntate ejus aliquis*; *l.* 9, § 4, ff. *d. tit.*

220. Non è neppur necessario, perchè la tradizione trasferisca la proprietà di una cosa, che il consenso prestatovi dal proprietario sia un con-

senso formale e speciale, bastando un consenso generale ed implicito. Per esempio, quand'io ho incaricato taluno dell'amministrazione de' miei affari, io vengo considerato aver con ciò prestato generalmente il mio consenso a tutte le vendite che egli potesse fare per la predetta amministrazione, ed alla tradizione delle cose vendute; e tal consenso generale ed implicito è sufficiente perchè la tradizione ch' egli fa di tali cose ne trasferisca la proprietà in coloro a cui la farà: *Si cui libera negotiorum administratio ab eo qui peregre proficiscitur, permissa fuerit, et is ex negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis*; *l.* 9, § 4, ff. *de acq. rer. dom.*

221. Osservisi che il consenso del proprietario alla tradizione della cosa dee intervenire al momento che ella si fa, acciocchè possa trasferirne la proprietà in colui al quale vien fatta la tradizione. Se il proprietario avendo volontariamente, e senza esservi obbligato, acconsentito alla tradizione che io doveva fare della sua cosa, avesse, avanti ch' io l' abbia fatta, cangiato di volontà, ovvero avesse perduta la vita o la ragione, il suo consenso non sussistendo più, la tradizione che io facessi dopo, trasferire non potrebbe la proprietà in quello a cui la facessi. Così decide Africano nel caso seguente: *Si tibi in hoc dederim nummos, ut eos Sticho cedas, deinde mortuo me ignorans dederis, accipientis non facies*; *l.* 41, ff. *de reb. credit.* Conciossiachè, quantunque io avessi acconsentito alla tradizione che voi dovevate fare a Stico di questo danaro di cui io era proprietario, tuttavia il mio consenso non sussisteva più quando voi avete contati questi denari a Stico; la tradizione che gliene avete fatta non poteva in lui trasferirne la proprietà senza il consenso del mio erede, il quale per la mia morte n' era divenuto proprietario.

Vice versa, tuttochè voi mi aveste venduta una cosa senza saputa del proprietario basta che al momento della tradizione che me ne fate, il proprietario abbia acconsentito a questa tradizione, perchè essa me ne abbia trasferita la proprietà: *Constat, si rem alienam scienti mihi vendas, tradas autem eo tempore quo dominus ratum habet, traditionis tempus inspiciendum, remque meam fieri*; L. 44, § 1, ff. *de usurp. et usucap.*

222. La tradizione di una cosa si reputa fatta dal proprietario, e trasferita la proprietà della cosa in colui al quale essa è fatta, non solamente quando essa è fatta dal proprietario medesimo, ma eziandio quando è fatta in suo nome da alcuno debitamente autorizzato a farla. Per esempio, allorchè un tutore di un minore o il curatore di un interdetto vende nella sua qualità di tutore o di curatore delle cose mobili appartenenti al minore o all' interdetto, e ne fa in tale qualità la tradizione ai compratori, si ritiene che sia il minore medesimo o l' interdetto quegli che ne fa tradizione per mezzo del suo tutore o curatore, la quale in conseguenza ne ha trasferita la proprietà ne'compratori. Ecco il caso della massima: il fatto del tutore è il fatto del minore.

Ma se il tutore o curatore avesse venduto nella sua qualità di tutore o curatore, senza decreto del giudice, un fondo del minore o dell'interdetto, la tradizione che egli ne facesse in detto nome non si riterrebbe come fatta dal minore o dall' interdetto, e non trasferirebbe la proprietà del fondo nel compratore, perchè il fatto del tutore non è considerato quello del minore senonchè in quelle cose, che non eccedono il potere del tutore; ma l' alienazione degli immobili del minore o dell' interdetto è una cosa che eccede il potere di un tutore o di un curatore.

223. Si è fatta la quistione se, avendovi data una cosa per darla in mio nome ad alcuno, la tradizione che voi gliene avete fatta non in mio nome, ma in vostro, gliene abbia trasferita la proprietà. Giavoleno decide che, stando alla sottigliezza del diritto, essa non l' ha trasferita, perchè non fu fatta la tradizione dal proprietario della cosa, non essendo stata fatta in mio nome, mentre io ne era il proprietario, e neppure col consenso del proprietario; imperciocchè

voleva io che la se gli desse, e se ne facesse la tradizione in mio nome, ma non ho mai acconsentito alla tradizione che voi faceste in nome vostro. Ciò nondimeno questo giureconsulto soggiunge, che l'equità non permette che io venga ammesso a rivendicare la cosa contro colui al quale ne è stata fatta la tradizione, avendo io avuta la volontà di dargliela: *Si tibi dederim rem, ut Titio nomine meo dares, et tu tuo nomine eam ei dederis, an factam ejus putes? respondit: Si rem tibi dederim ut Titio meo nomine donares, eamque tu tuo nomine ei dederis; quantum ad juris subtilitatem, accipientis facta non est, et tu furti obligaris; sed benignius est, si agam contra eum qui rem accepit, exceptione doli mali me summoveri; l.* 25, ff. *de donat*.

224. Il principio che la tradizione di una cosa non possa trasferire la proprietà in quello al quale essa è fatta, ove non sia fatta dal proprietario o con suo consentimento, soffre alcune eccezione.

La prima è, quando gli effetti di un debitore vengono sequestrati e venduti da' suoi creditori, nulla ostante l' opposizione da lui fatta al sequestro ed alla vendita, che non sia ammessa. La tradizione che l' usciere ne fa a coloro che si sono resi aggiudicatarj, tuttochè fatta senza il consenso del proprietario di questi effetti, ne trasferisce in essi la proprietà: lo che fa dire ad Ulpiano: *Non est novum ut qui dominium non habeat, alii dominium praebeat: nam et creditor pignus vendendo causam dominii praestat quam ipse non habuit: l.* 46, ff. *de acq. rer. dom.*

Nel caso della vendita del pegno convenzionale si può dire che il debitore, dando la cosa in pegno, si consideri avere acconsentito alla vendita che ne venisse fatta per mancanza di pagamento. Ma nel caso del pegno giudiziale, quando gli effetti di un debitore vengono sequestrati e venduti, la proprietà ne è trasferita negli aggiudicatarj, senza che vi sembri essere alcun consenso del debitore che ne era il proprietario.

Si può aggiungere per seconda eccezione il caso in cui avendo fatto, non ostante l'opposizione del mio comproprietario, ordinare la licitazione di una cosa comune, alla quale le offerte degli estranei verrebbero ammesse, la tradizione di questa cosa fosse fatta ad un estraneo chè si è reso aggiudicatario; allora la tradizione che gliene vien fatta, ne trasferisce in lui la proprietà, anche per parte del mio comproprietario, sebbene la licitazione e la tradizione sieno state fatte contro il suo consenso. L'autorità del giudice supplisce in questi casi al consenso del proprietario.

§ 2. *Seconda condizione. Richiedesi che il proprietario che fa la tradizione, o che vi acconsente, sia capace di alienare.*

225. Perchè la tradizione di una cosa ne possa trasferire il dominio di proprietà in colui al quale è fatta, non basta ch' essa sia stata fatta dal proprietario della cosa, o di suo consenso; richiedesi ancora che questo proprietario sia stato per legge capace di alienare.

Per la qual cosa una donna soggetta alla podestà del marito, non essendo capace di alienare senza l'autorizzazione del marito o del giudice, come lo abbiamo veduto nel nostro Trattato della podestà del Marito sulla persona ed i beni della moglie, la tradizione delle cose a lei appartenenti ch' ella facesse o acconsentisse, senza di questa autorizzazione, non ne trasferirebbe la proprietà a coloro a' quelli fosse stata fatta.

Per la stessa ragione, la tradizione che un minore sotto la podestà del tutore, o un interdetto per causa di prodigalità, fa o acconsente che si faccia delle cose a lui appartenenti, non ne trasferisce la proprietà in coloro ai quali è stata fatta, perchè tali persone sono incapaci di alienare.

I minori, tuttochè emancipati, sia in virtù di un decreto del principe, sia in forza del matrimonio, non essendo capaci di alienare i loro immobili, la tradizione che essi ne facessero, o alla quale acconsentissero, non ne può trasferire la proprietà.

Si noti una differenza tra l'incapacità dei minori e degl' interdetti per causa di prodigalità, e quella delle donne soggette alla podestà del marito: questa, stabilita in favor del marito, è un' incapacità assoluta; la tradizione che questa donna facesse senza autorizzazione, è assolutamente nulla, nè potrebbe mai esser considerata averne trasferita la proprietà. Quand' anche, dopo essere divenuta libera per la morte di suo marito, ella avesse ratificata la vendita e la tradizione da lei fatta mentre era sotto la podestà maritale, una tale ratifica non sarebbe riguardata che come una nuova vendita ed un nuovo consenso alla traslazione di proprietà di queste cose, che ha effetto soltanto *ut ex nunc*, e dal giorno dell' atto della ratifica.

Al contrario, l'incapacità de' minori non essendo stabilita che in loro favore, essa è puramente relativa. Essi non vengono riputati incapaci di alienare le cose che loro appartengono, e le alienazioni che fanno non si considerano nulle, che in quanto potrebbero riuscir loro svantaggiose; onde è che se, divenuti maggiori, le approvano, sia con una ratifica espressa, sia mediante una tacita approvazione, lasciando scorrere dieci anni dopo la loro maggior età senza fare verun reclamo, vengono considerati essere stati capaci di alienare le cose che hanno alienate, quantunque in età minore, e la tradizione che ne hanno fatta è riputata averne trasferita incontanente la proprietà in coloro a' quali è stata fatta.

Lo stesso accade rapporto agl' interdetti per causa di prodigalità. Dissi per causa di prodigalità, giacchè è evidente che tutto ciò che si fa da coloro che lo sono per causa di demenza, è assolutamente nullo.

226. Non devesi annoverar tra coloro che sono incapaci di alienare, un debitore insolvibile il quale avesse alienate in frode de' suoi creditori le cose a lui appartenenti; è vero che la legge accorda ai creditori una azione revocatoria dell' alienazione che egli ne ha fatta contro i compratori che ebbero cognizione della frode, e contro i donatarj ancorchè non ne avessero avuta cognizione; ma intanto, la tradizione che ne fa loro, ne trasferisce in essi la proprietà. Così insegna Pomponio: *Si sciens* (1) *emam ab eo cui bonis interdictum sit. . . dominus non ero: dissimiliter atque si a debitore sciens creditorem fraudari* (2) *emero*; *l.* 26, ff. *de contrah. empt.*

227. Un proprietario gravato di sostituzione, neppur esso è incapace di alienare i fondi compresi nella sostituzione di cui egli è gravato; e la tradizione che ne fa o a cui acconsente, ne trasferisce la proprietà in coloro a' quali vien fatta, col peso però della sostituzione, e soltanto sino al tempo della sua apertura, come lo vedremo nell' articolo seguente.

§ 3. *Bisogna che la tradizione sia fatta in virtù di un titolo vero, o almeno putativo, che sia atto a trasferire la proprietà.*

228. La tradizione, benchè fatta o acconsentita dal proprietario della cosa, che è capace di alienare, non ne trasferisce la proprietà, se non quando essa è fatta in virtù di qualche titolo vero o putativo: *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur, l.* 31, ff. *de acq. rer. dom.*

229. Si chiamano giusti titoli quelli che per loro natura sono atti a trasferire il dominio di proprietà delle cose; come quelli di vendita, di permuta, di donazione, di legato, ec.

Generalmente, qualunque obbligazione da me contratta di dare a taluno una cosa in proprietà, è un giusto titolo, perchè la tradizione, che ne è fatta al creditore o ad un altro che d'ordine suo la riceva in pagamento di questa obbligazione, gliene trasferisca la proprietà. Ma egli è evidente, che la tradizione da me fat-

(1) Sciens vel ignorans nihil refert.

(2) Nam hoc caso dominium ad me per traditionem transfertur, sic tamen ut creditor mihi per paulianam actionem illud auferre possit.

ta a taluno per causa di prestito, di locazione, di pegno, di deposito, o per fargliela soltanto vedere, non gliene trasferisce la proprietà, cotali titoli non essendo atti a trasferir proprietà.

230 Osservisi che un titolo, comunque non sia che putativo, basta a far sì che la tradizione ch'io vi fo della mia cosa, in conseguenza di questo titolo, che una falsa persuasione mi faceva credere esistente tuttochè in realtà non esista, ve ne trasferisca la proprietà. Solamente mi compete in tal caso, conosciuto che sia l'errore, un'azione personale contro di voi, che chiamasi *condictio indebiti* o *condictio sine causa*, che vi obbliga a restituirla. Per esempio, io so che il mio padre nel suo testamento vi ha legata una certa cosa, ed ignoro esservi un codicillo che rivoca questo legato. Quantunque in tal caso non siavi alcun legato fatto in vostro favore, poichè fu rivocato, nulladimeno la tradizione che per errore vi ho fatta di questa cosa ve ne ha trasferita la proprietà, salvo a me il diritto, quando l'errore sarà stato riconosciuto, di ripeterla mediante l'azione *condictio indebiti* Vedi ciò che abbiamo detto riguardo a questa azione *condictio indebiti* nell'appendice al nostro Trattato del Prestito di Consumo.

§ 4. *Del consenso delle parti, necessario acciocchè la tradizione trasferisca la proprietà.*

231. Il consenso delle parti è necessario perchè la tradizione di una cosa ne trasferisca la proprietà in colui al quale essa è fatta; vale a dire, ch'è d'uopo che il proprietario della cosa che ne fa o per ordine del quale se ne fa la tradizione a taluno, abbia la volontà di trasferirgliene la proprietà, e che quegli che la riceve abbia la volontà di acquistarla. *In omnibus rebus quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium; nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio* (1), *sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad affectum id, quod enchoatur, non potest*; *l.* 55, *ff. de obligat. et act.*

Questo consenso deve intervenire, e sopra la cosa che forma l'oggetto della tradizione, e sopra la persona alla quale essa è fatta, e sopra la traslazione di proprietà.

232. Primieramente il consenso deve intervenire sopra la cosa che forma l'oggetto della tradizione; vale a dire che è necessario che la cosa, di cui vi faccio la tradizione, sia quella stessa della quale io voglio in voi trasferire la proprietà, e che voi volete acquistare.

Se per errore io avessi presa l'una per l'altra non vi sarebbe traslazione di proprietà. Per esempio, se avendo io la volontà di darvi un messale romano, di cui io non mi serviva, io vi avessi fatta la tradizione del mio messale di Parigi, che presi in isbaglio pel messale romano che io intendeva darvi essendo simile la loro legatura, cotesta tradizione non opererebbe certamente la traslazione di proprietà, nè del messale romano ch'io voleva darvi, giacchè non è quello di cui vi ho fatta la tradizione, nè di quello di Parigi del quale vi ho fatta la tradizione, perchè non è quello ch'io voleva darvi. Parimenti s'io vado a prendere da un librajo un messale di Parigi ch'io aveva comperato da lui il giorno avanti, e che questo librajo non ricordandosi se fosse un messale di Parigi o un romano quello che mi aveva venduto, mi dà un messale romano ch'io ricevo senza farci attenzione, credendo che sia di Parigi, questa tradizione non opera certamente traslazione di proprietà, nè del messale di Parigi ch'io ho comperato, poichè la tradizione non me ne è stata fatta, nè del messale romano ch'io ricevei per errore, poichè non è quello ch'io voleva acquistare.

233. Bisogna, in secondo luogo, che il consenso intervenga sulla persona nella quale si vuol trasferire la proprietà della cosa di cui fassi la tradizione. Per esempio, se volendo io

(1) Ciò devesi intendere di un affitto enfiteutico a perpetuità o a lungo tempo, che trasferisca nel conduttore un dominio utile.

dare una cosa a Paolo, ne faccio la tradizione a Pietro che io prendo per Paolo, e Pietro la riceve contando di riceverla per sè, egli è evidente che questa tradizione non trasferisce la proprietà della cosa nè in Paolo, cui io la voleva dare, non essendogli stata fatta la tradizione, nè in Pietro, che non è quello al quale io voleva darla.

Similmente, se voi volendo darmi una cosa, la deste al mio agente, intendendo di dargliela per me, ed egli l'ha ricevuta credendola per sè, siffatta tradizione non trasferisce certamente la proprietà della cosa, nè nel mio agente al quale non era vostra intenzione di darla, nè in me, perchè il mio agente non l'ha ricevuta per me: *Si procuratori meo rem tradideris ut meam faceres, is hac mente acceperit ut suam faceret, nihil agetur*; *l.* 37, § 6, *ff. de acq. rer. dom.*

234. La tradizione che è fatta di una cosa, non può in verità trasferire la proprietà, quando colui che la riceve è una persona diversa da quella in cui io voleva trasferirla: ma non è sempre necessario che quegli che la riceve sia una certa persona determinata alla quale io abbia inteso di darla: basta una volontà generale; per esempio, quando in un giorno di allegrezza pubblica il magistrato getta da una finestra sopra una piazza della moneta al popolo, egli ne trasferisce la proprietà in coloro che la raccolgono. Sebbene questo magistrato non abbia avuto in vista alcuna di quelle persone, basta per trasferire in esse la proprietà che egli abbia avuta una volontà generale di trasferirla in coloro che la raccorrebbero; così c'insegna Gajo: *Interdum*, dic' egli, *et in incertam personam collocata domini voluntas, transfert rei proprietatem, ut ecce qui missilia jactat in vulgus: ignorant enim quid eorum quisque excepturus sit; et tamen quia vult quod quisque exceperit ejus esse, statim eum dominum efficit*; *l.* 9, § 7. *ff. de acq. rer. dom.*

235. Bisogna in terzo luogo che il consenso intervenga sopra la traslazione di proprietà, vale a dire, richiedesi che quegli il quale fa la tradizione, o che vi acconsente, abbia volontà di trasferire, in colui che la riceve, il diritto di proprietà ch'egli ha di questa cosa, e che quegli che la riceve, abbia parimente la volontà di acquistare questo diritto di proprietà. Quindi se io vi ho dato un libro coll'intenzione di trasferirvene la proprietà, e che voi lo abbiate ricevuto, supponendo ch'io ve lo avessi dato solamente in prestito, la tradizione che io ve ne ho fatta, non ne avrà in voi trasferita la proprietà, mancando il vostro consenso alla traslazione di proprietà.

236. Allorchè un compratore ha comperata una cosa ch'egli credeva falsamente non appartenere al suo venditore, la traslazione che in lui ne ha fatta il suo venditore, gliene avrà forse trasferita la proprietà? La ragione di dubitare si è, che questo compratore, nell'opinione in cui era che la cosa non appartenesse al suo venditore, non contava già egli acquistare per mezzo di questa tradizione la proprietà di questa cosa. Fà d'uopo nondimeno decidere che la proprietà sia in lui trasferita, avvegnachè sebbene ei non credesse acquistarla, tuttavia ricevendola a titolo di compera, aveva la volontà di acquistarla per quanto fosse possibile: *Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus* (1) *in re est quam in existimatione mentis; et ideo tum etsi existimet se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur*; *l.* 9, § 4, *ff. de jur. et fact. ignor.*

237. Quando un tutore o procuratore ha fatta, nella sua qualità di tutore o di procuratore, la tradizione di una cosa, di cui esso ignorava essere il proprietario, e che credeva appartenere al suo minore, o a colui del quale amministrava gli affari, la tradizione ch'egli ne ha fatta non ne ha punto trasferita la proprietà in colui al quale è stata fatta, perciocchè non ha potuto avere la volontà di trasferire il diritto di proprietà di questa cosa che ignorava di avere:

(1) Vedi ciò che noi abbiamo detto su questa regola di diritto e sopra l'opposta nella nostra opera sulle Pandette, *tit. de reg. jur*, n. 5 6 e 57.

Si procurator meus, vel tutor pupilli rem suam, quasi meam, vel pupilli, alii tradiderint, non recessit ab iis dominium, et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit; *l.* 35, ff. *de acq. rer. dom.*

Per la stessa ragione, se voi mi aveste venduta una cosa di cui io avessi ignorato essere il proprietario, e poscia di mio ordine ne aveste fatta la tradizione ad un terzo, cotesta tradizione non ne trasferirebbe in esso la proprietà; imperciocchè io aveva avuta bensì la volontà di fare in lui passare di vostro consenso un diritto di proprietà, ch' io mi era falsamente persuaso che voi aveste; ma non ho potuto avere la volontà di trasferire in esso il vero diritto di proprietà, che io ho di questa cosa, poichè ignorava di averlo: *Si rem meam mihi ignoranti vendideris, et jussu meo alii tradideris, non putat Pomponius dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit, sed quasi tuum dominium ad eum transire*; *l.* 15, § 2, ff. *de contrah. empt.*

Per la ragione medesima, la tradizione che io vi ho fatta di una cosa di cui io ignorava essere il proprietario, e che falsamente mi persuadeva esser vostra, non ne trasferisce in voi la proprietà; perciocchè io non ho potuto avere la volontà di trasferirla in voi, mentre ignorava di averla: *Quum tibi nummos meos quasi tuos do, non facio tuos*, *l.* 3, § 8, ff. *de condict. caus. dat.*

238. Basta egli che una delle parti abbia avuta la volontà di trasferire nell' altra mediante la tradizione il suo diritto di proprietà, e che l' altra abbia avuta la volontà di acquistarlo? Fa egli inoltre mestieri che il loro consenso intervenga sopra la causa per cui io faccio la tradizione? Giuliano decide che il consenso sopra la causa non sia necessario: *Quum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto cur inefficax sit traditio. . . nam etsi pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse quod circa causam dandi atque accipiendi dissentiamus*; *l.* 36, ff. *de acq. rer. dom.*

Si noti che Giuliano decide secondo la sottigliezza del diritto. Egli è vero che in questo caso la proprietà di questo denaro è stata in voi trasferita secondo la sottigliezza del diritto, perchè noi abbiamo acconsentito, io a trasferirvela, e voi ad acquistarla; ma essa vi fu trasferita senza causa; e senza alcuna causa voi ne siete proprietario. Non lo siete a titolo di donazione, giacchè voi non avete accettata la donazione che io avea avuto intenzione di farvene; non lo siete tampoco a titolo di prestito, giacchè non ho avuto la volontà di farvi un prestito. Quindi avendovi trasferita la proprietà di questo mio danaro senza causa, io posso, se mi pento della donazione che io avessi avuta intenzione di farvene, domandarvi la restituzione di questo danaro mediante l' azione che chiamasi *condictio sine causa*. In cotal modo la decisione di Giuliano conciliasi con quella di Ulpiano, che ci piace di qui riportare: *Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuum accipias, Julianus scribit donationem non esse: sed an sit mutuam videndum; et puto nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, quum alia ratione acceperis*; *l.* 18, ff. *de rer. cred.*

Quello che dice Ulpiano, *nummos accipientis non fieri*, intendesi in questo senso, che sebbene, quanto alla sottigliezza del diritto, egli acquisti la proprietà di questi danari, come lo decide Giuliano, nondimeno egli non l' acquista efficacemente per rapporto all' azione *condictio sine causa*, che ho contro di lui per ripeterli. In questo modo i prelodati giureconsulti non son tra loro in contraddizione.

§ 5 *Di un' altra condizione perchè la tradizione trasferisca la proprietà, che è particolare a quella che si fa in esecuzione di un contratto di vendita.*

239. Ella è una condizione particolare alla tradizione che fassi in esecuzione di un contratto di vendita, che la tradizione cui fa il venditore della cosa venduta al compratore, non ne trasferisca la proprietà che dopo averne egli pagato il prezzo, o aver-

ne soddisfatto il venditore col pagamento, a meno che non apparisse che il venditore si fosse abbandonato alla buona fede del compratore: *Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si, aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emptoris sine ulla satisfactione; l. 19, ff. de contrah. empt.*

La ragione si è, che quegli che vende a danaro contante, senza dar respiro al pagamento, è riputato apporre tacitamente alla tradizione che egli fa, la condizione ch'essa non trasferirà la proprietà nel compratore senonchè dopo che egli avrà pagato o soddisfatto il prezzo.

240. Poco cale del modo con cui il compratore ha soddisfatto il venditore per il pagamento, sia col dargli una sicurtà, sia col dargli un pegno. Tostochè il creditore ha ricevuta la cauzione o il pegno, la proprietà della cosa venduta, la di cui tradizione è stata fatta, è acquisita al compratore come se ne avesse pagato il prezzo: *Ut res fiat emptoris, nihil interest utrum pretium solutum sit, an eo nomine fidejussor datus sit; quod autem de fidejussore diximus plenius acceptum est, qualibet ratione si venditori de pretio satisfactum est, veluti expromissore* (1) *aut pignore dato, proinde sit ac si pretium solutum esset; l. 53, ff. de contrah. empt.*

Osservisi una differenza tra il pagamento e la satisdazione: il venditore non può ricusare il pagamento del prezzo che gli è offerto dal compratore, il quale, depositandolo dietro il di lui rifiuto, ne è liberato, ed acquista la proprietà della cosa venduta, e la cui tradizione gli è stata fatta, nel modo stesso come se l'avesse pagato al venditore; al contrario il venditore non riceve le cauzioni che gli vengono offerte dal compratore senonchè quando gli piace riceverle; non potendo esser costretto ad accettare quelle sicurtà o pegni che gli vengono offerti pel pagamento del prezzo.

241. Questa condizione di pagare il prezzo è sottintesa nella tradizione soltanto se la vendita è stata fatta in contanti, vale a dire, senza fissare alcun termine al pagamento, perciocchè quand' essa prefigge un termine, il venditore nell'accordarlo è riputato essersi abbandonato alla buona fede del compratore per il pagamento del prezzo; lo che è sufficiente per la traslazione di proprietà: *Si fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione; d. l* 19.

Lo stesso avviene, ancorchè il contratto di vendita non porti veruna dilazione al pagamento del prezzo, purchè d'altronde apparisca da alcune circostanze che il venditore siasi abbandonato alla buona fede del compratore per il pagamento suddetto: lo che pure s'induce dall'avere egli lasciato scorrere un tempo considerabile senza chiederlo.

242. Lo Statuto di Parigi ha seguite queste massime istesse; esso suppone, all'art. 176, che quegli che ha venduta una cosa senza termine o fissazione di giorno, ne conservi la proprietà sino al pagamento del prezzo, nulla ostante la tradizione che egli ne abbia fatta. Il perchè esso dice: chi vende una cosa mobile senza fissar termine o giorno al pagamento, sperando di esser prontamente pagato, può reclamare ovunque e tenere dietro *alla sua cosa* in qualunque luogo essa sia trasportata, per essere pagato del prezzo che l'ha venduta ».

Da questi termini chiaramente risulta, che quando il venditore ha venduto senza prefigger termine al pagamento, la cosa venduta, nonostante la tradizione che ne ha fatta, in qualunque luogo sia stata trasportata, in qualunque mano sia passata, rimane sempre sua cosa, sino a che sia stato pagato.

Al contrario, nell'art. 177, esso suppone che quando il venditore ha accordato un termine al pagamento, egli venga spogliato della proprietà mediante la tradizione, ed abbia soltanto un privilegio sulla cosa per esser pagato in preferenza degli altri creditori del compratore, e, finchè la si trova nelle mani del com-

(1) *Expromissor* è differente da *fidejussor*; questi non fa che accedere all'obbligazione del compratore; ed *expromissor* è colui che s'incarica solo verso il creditore, il quale si contenta, e ne libera il compratore.

pratore. « E ciò nulla ostante, vi è detto, sebbene egli abbia accordato un termine, qualora la cosa si trovi sequestrata nelle mani stesse del debitore da un altro creditore, egli può impedire la vendita, ed è preferito sulla cosa agli altri creditori ».

Si osservi, che lo Statuto dice: *Sequestrata nelle mani stesse del debitore*; imperciocchè se fosse passata nelle mani di un terzo, il venditore che ha accordata la dilazione al pagamento, non avendone più la proprietà già da lui trasferita nel compratore, non potrebbe più tenerle dietro contro del terzo, mercechè il privilegio ch' egli ha sulla cosa ha luogo soltanto sino a che essa si trova nelle mani del suo debitore.

ARTICOLO III.

Dell' effetto della tradizione.

243. La tradizione, ove sia fatta o consentita dal proprietario della cosa, e vi concorrano tutte le altre condizioni riportate nell' articolo precedente, trasferisce in colui, al quale vien fatta, il diritto di proprietà della cosa che aveva quegli che l' ha fatta o acconsentita. Essa gliela trasferisce tale quale ei l' aveva; laonde se il diritto di proprietà ch' egli aveva, fosse un diritto di proprietà risolubile al termine di un certo tempo, o alla verificazione di una certa condizione, la tradizione non fa passare in colui al quale è fatta, che una proprietà risolubile alla scadenza di detto tempo o alla verificazione della predetta condizione. Se la proprietà non era una proprietà libera e perfetta, ed il fondo fosse gravato o di un usufrutto, o d' altre servitù personali o prediali, di canoni o di altri pesi reali, d' ipoteche, ec., la tradizione non trasferisce in colui, al quale vien fatta, la proprietà del fondo medesimo, sennonchè con tutti i pesi da cui è gravato: *Quoties dominium transfertur, ad eum qui accipit tale transfertur quale fuit apud eum qui tradit*; *l.* 20, § 1, ff. *de acq. rer. dom.* *Alienatio quum fit, cum sua causa, dominium ad alium transferimus, quae esset futura si apud nos mansisset*; *l.* 67, ff. *de contrah. empt.*

Ciò ha luogo, quando anche il proprietario, facendo la tradizione della cosa, non avesse dichiarati i vizj e le imperfezioni del suo diritto di proprietà, nè i pesi de' quali il suo fondo è gravato, e quando anche egli avesse falsamente asserito che il fondo ne era libero; perchè la sua dicharazione pregiudicare non può ai terzi, che hanno dei diritti reali sul fondo, o a cui deve ritornare un giorno quel fondo: *Si quis fundum dixerit liberum quum traderet eum, qui servus sit, nihil juri servitutis fundi detrahit*; *d. l.* 20, § 1. Ulpiano aggiunge: *Verum tamen obligat se, debetque praestare quod dixit*, vale a dire che egli contrae in forza di questa dichiarazione un obbligo di garanzia. Vedi ciò che ne abbiamo detto nel nostro Trattato del Contratto di Vendita.

244. Quando la tradizione non è stata fatta nè consentita dal proprietario della cosa, essa non può in verità aver l' effetto di trasferire in colui, al quale è fatta, la proprietà della cosa; ma quando è stata fatta in virtù di un giusto titolo, e che quegli a cui venne fatta è stato di buona fede, vale a dire, ha creduto che quegli che faceva la tradizione ne fosse proprietario, essa gli trasferisce almeno *causam usucapionis*, cioè il diritto di acquistare un giorno la proprietà della cosa, mediante la continuazione del suo possesso durante il tempo richiesto per la prescrizione.

La buona fede si presume sempre in colui al quale è fatta la tradizione, purchè non si provi il contrario. Vi è un giusto motivo di credere un uomo proprietario d' una cosa della quale lo si vede in possesso.

ARTICOLO IV.

Se la sola convenzione possa far passare il dominio di proprietà da una persona in un' altra senza tradizione veruna.

245. Ella è una massima del diritto romano, seguita dal diritto fran-

rese che ordinariamente non per altro mezzo, che per quello di una tradizione reale o finta il dominio di proprietà di una cosa possa passare da una persona in un'altra; e che una semplice convenzione che io avessi con voi, per la quale noi convenissimo che il dominio di proprietà che io ho di una tal cosa che io vi vendo o vi dono, cesserebbe da questo momento di appartenermi ed invece a voi appartenesse d'ora in avanti, non sarebbe sufficiente a trasferirla in voi, prima che io me ne fossi dispossessato a vostro favore, mediante una tradizione reale o finta: *Traditionibus et usucapionibus dominia verum, non nudis* (1) *pactis transferuntur*; *l.* 20, Cod. *de pact.*

Si dà per ragione di questo principio, essere della natura del dominio di proprietà l'acquistarlo mediante il possesso. Da questo esso ha cominciato: *Dominium a possessione coepit*. Allorquando le cose erano ancora nello stato di comunione negativa, cioè erano comuni a tutti gli uomini, senza che alcuno ne fosse ancor proprietario, fu soltanto per mezzo del possesso che ciascuno incominciò ad acquistare un dominio di proprietà, *jure occupationis*: che nella stessa guisa che il dominio originario è stato acquistato mediante il possesso, il dominio derivativo non può parimente passare da una persona in un'altra senonchè mediante il possesso, col mettere la persona, alla quale si vuol far passare il dominio di una cosa, in possesso di essa, mediante una tradizione reale o finta. Aggiungesi che il dominio di proprietà essendo un diritto per cui una cosa è in nostro potere, e per cui noi possiamo disporne come ci pare e piace, in tutti que' modi che meglio stimiamo, è necessario per farci acquistare il dominio di una cosa, che ne siamo messi in possesso, essendo questo l'unico mezzo di far venire la cosa in nostro potere, e per cui *manui nostrae subjicitur*. Una semplice convenzione colla quale io convenissi con voi che una tal cosa, di cui conservo attualmente il possesso, cesserebbe da questo momento di appartenermi, e che il dominio di proprietà a voi ne apparterrebbe di ora in avanti, non può dunque esser sufficiente a trasferirlo in voi. Le convenzioni, sole e per sè stesse, non producono che delle obbligazioni; questa é la loro natura, e perciò appunto furono stabilite. Queste obbligazioni non danno a colui, a favore del quale sono state contratte, che un diritto contro la persona che le ha contratte; questo diritto è un diritto per rapporto alla cosa, che taluno si è assunto l'obbligo di darci, ma non è nella cosa; ed è molto meno il dominio della medesima.

Ad onta di siffatte ragioni Grozio e varj altri che scrissero sopra il diritto naturale, pretendono che questa massima del diritto romano, che il dominio delle cose non possa passare da una persona in un'altra senonchè per mezzo della tradizione, non è cavata dalla natura; che dessa è un principio di diritto puramente positivo, attribuito impropriamente al diritto delle genti perchè è stato ammesso da molte nazioni; ma che, stando ai puri termini di diritto naturale, nulla impedisce che la convenzione da me stipulata con voi, che una tal cosa cesserebbe quindi innanzi di appartenermi per esser vostra d'ora in avanti, non ve ne trasferisca subito la proprietà, anche prima che io ve n'abbia fatta la tradizione; imperciocchè il dominio d'una cosa, si dice, è essenzialmente il diritto di disporne come meglio ci aggrada, ed è una conseguenza di questo mio diritto che ho di disporre a piacere della mia cosa, che io possa in virtù della mia sola volontà e senza alcun fatto trasferirne il dominio in quella tale persona che sarà di mio gradimento, ed alla quale piacerà di acquistarla.

Dal che il dominio originario delle cose non è cominciato che dal loro possesso, non ne deriva perciò che

(1) Questi termini non sono presi nel senso ordinario con cui si oppongono *nuda pacta* alle convenzioni *quae novam vel formam contractus a jure civili acceperunt*; ma sono presi in generale per qualunque convenzione, che non sia stata ancora eseguita per mezzo della tradizione.

il dominio derivativo non possa similmente passare da una persona in un' altra altrimenti che per il possesso. Quanto al dirsi che una cosa non può essere in nostro potere senza esserne noi messi in possesso, ne segue soltanto tutto al più, che non possiamo far uso del diritto di dominio trasferitoci sopra una cosa, senonchè dopo esserne stati messi in possesso; ma non ne segue in verun modo, che noi non potessimo acquistar questo dominio prima che fossimo messi in possesso della cosa, tuttochè non potessimo ancora farne uso, non essendo cose inseparabili tra loro il diritto di dominio e la facoltà di fare uso di questo diritto.

Ciò perfettamente coincide colla distinzione che fa Puffendorfio nel suo libro del Diritto di Natura e delle Genti, *lib.* 4, *cap.* 9, § 8. Egli dice, che il dominio di proprietà di una cosa, ove lo si consideri come includente un potere fisico ed attuale di farne uso, non può veramente passare da una persona in un' altra senza una tradizione che metta in possesso della cosa la persona nella quale si vuol trasferire questo dominio; ma quando il dominio della proprietà di una cosa non è considerato che come una qualità puramente morale, in virtù della quale una cosa appartiene a taluno, nulla impedisce, stando ai puri termini di diritto naturale, che il dominio di proprietà considerato in questo aspetto non possa passare da una persona in un'altra mediante una semplice convenzione, e prima che ne sia fatta la tradizione.

Checchè ne sia di siffatta questione trattata secondo il puro diritto naturale, che noi lasciamo alla disputa delle scuole, il principio del diritto romano, che il dominio di proprietà di una cosa non possa passare da una persona in un' altra, se non per mezzo di una tradizione reale o finta della cosa medesima, essendo un principio ammesso nella pratica, secondochè convengono anche coloro che portano un' opinione contraria, noi dobbiamo attenervici.

246. Questo principio soffre una eccezione naturalissima nel caso in cui la cosa di cui si vuol trasferire il dominio di proprietà in alcuno, si trovi già nelle sue mani. Egli è evidente, come lo abbiamo osservato, n. 206, che la convenzione per cui il proprietario pattuisce con esso che la riterrebbe come cosa a lui appartenente, basta per trasferirgliene il dominio di proprietà. Questo è il caso del quale parla il giureconsulto Gajo: *Interdum etiam sine traditione, nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam; veluti si rem quam commodavi aut locavi tibi, aut apud te deposui, vendidero tibi*; *l.* 9, § 5, ff. *de acq. rer. dom.*

Lo stesso principio soffre pure eccezione rapporto a certi modi di acquistare il dominio secondo il diritto civile: modi che noi riporteremo nella sezione seguente.

247. Da questo principio che il dominio di una cosa non può ordinariamente passare da una persona in un'altra, che per mezzo della tradizione della cosa, ne segue che qualunque sia la convenzione da me stipulata con una persona che si obbligò di darmi una certa cosa, finchè non me ne abbia fatta la tradizione reale o finta, essa ne resta sempre la proprietaria. Perlochè i suoi creditori possono validamente sequestrarla nelle sue mani, senza che io possa essere ammesso a domandare la consegna di questa cosa, non essendone ancora divenuto io proprietario.

Ne segue pure, che se prima che la tradizione mi sia stata fatta, questa persona, contro la fede del contratto, vende o dona la cosa ad un altro, e gliela consegna, essa gliene trasferisce la proprietà, come è deciso dalla legge *quoties* 15, Cod. *de rei vind.* Vedi quanto abbiamo detto su questo proposito nel nostro Trattato del Contratto di Vendita.

SEZIONE V.

Dei modi di trasmettere il dominio di proprietà secondo il diritto civile.

248. Il dominio di proprietà delle cose si trasmette per diritto civile da una persona in un'altra senza tradizione nè presa di possesso, in più casi, sia a titolo universale sia a titolo particolare.

Lo si trasmette a titolo universale nel caso di una successione; il defunto è considerato al momento della sua morte aver trasmesso al suo erede il dominio di proprietà, ch'egli avea di tutte le cose che compongono la sua eredità, ed anche il possesso che ne aveva, prima ancora che questo erede avesse avuta cognizione della morte del defunto, ed avesse saputo che la successione era stata a lui deferita. Questo è il senso di quella regola del diritto francese: *il morto mette in possesso il vivo*, cioè *il suo più prossimo erede abile a succedergli*.

Se il defunto, nel momento della sua morte, non aveva il possesso di alcune cose che gli appartenevano, egli è evidente che non può mettere il suo erede in un possesso che non aveva egli stesso; ma lo impossessa bensì del diritto di proprietà sulle predette cose ed azioni, affine di poterle ricuperare da coloro che ne sono indebitamente in possesso: avvegnachè un erede è successore *in universum jus quod defunctus habuit*.

Codesta regola che *il morto mette in possesso il vivo*, non impedisce che l'erede, a cui viene deferita una successione, non abbia la scelta di accettarla o di rinunciarvi secondo quell'altra regola: *non è erede chi non vuole esserlo*. Allorchè l'accetta, la sua accettazione produce un effetto retroattivo al tempo della morte del testatore; lo si considera in possesso dell'eredità sin dall'istante della sua morte, e non solo de' beni, ma di tutti i diritti ed azioni nelle quali egli è succeduto. Quando poi vi rinuncia, egli è considerato non esserne mai stato in possesso. Si reputa che il defunto, all'istante della sua morte, ne abbia messi in possesso i coeredi, a' quali la parte del rinunciante si accresce, o i parenti del grado seguente che succedono in di lui mancanza; e se nessuno vuole accettare l'eredità, si reputa che il defunto continui ad avere, nella persona fittizia della sua eredità giacente che lo rappresenta, tutti i beni, diritti ed azioni ch'egli aveva al tempo della sua morte, e de' quali è composta la sua eredità.

249. Il diritto civile trasmette del pari a titolo universale ad un legatario universale, o ad un sostituto fedecommessario universale, il dominio di proprietà delle cose comprese nel legato o nella sostituzione, dal giorno dell'apertura del legato o della sostituzione, anche prima che gliene sia stata fatta alcuna tradizione, e prima che questo legatario o sostituito fedecommessario abbia avuta cognizione della sostituzione o del legato fatto a suo favore; ma il possesso delle cose comprese nel legato o nella sostituzione non è in lui trasferito; e sebbene si reputi ch'egli sia divenuto proprietario di tutte le cose comprese nel legato o nella sostituzione, tuttavia non gli è permesso di mettersene da sè stesso in possesso, dovendo domandarne all'erede il rilascio.

Quando egli rinuncia al legato, viene considerato non essere mai stato in possesso di cosa alcuna.

250. Il diritto civile trasmette altresì a titolo particolare, in certi casi, il dominio di proprietà di certe cose, prima che ne segua alcuna tradizione. Come nel caso di un legato particolare, si ritiene che il diritto civile trasmetta nel legatario o fedecommessario il dominio di proprietà della cosa legata o compresa nel fedecommesso dal momento dell'apertura del legato o del fedecommesso, ch'è quello della morte del testatore, allorchè il legato o il fedecommesso è stato fatto senza condizione, o dal giorno della verificazione della condizione, quand'esso è condizionale.

Il diritto civile trasferisce il dominio della cosa nel legatario o fedecommessario, non solo prima che gli sia stata fatta alcuna consegna, ma eziandio prima ch'egli abbia avuta cognizione del legato o del fedecommesso fatto in suo favore: imperocchè il dominio della cosa legata è riputato trasmesso nel legatario nella stessa guisa che quello degli altri beni ereditarii è trasmesso nell'erede, eccetto che il legatario ne deve domandare all'erede il rilascio: *Legatum ita dominium rei legatarii facit, ut haereditas haeredis res singulas; quod*

eo pertinet ut si pure res relicta sit, et legatarius non repudiaverit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod haereditatis fuit, ad legatarium transeat, nunquam factum haeredis; *l.* 80, *ff. de leg.* 2.

251. Le aggiudicazioni giudiziali sono esse pure un modo di acquistare secondo il diritto civile.

L' aggiudicazione trasferisce *ipso jure* nell'aggiudicatario il dominio di proprietà della cosa che gli viene aggiudicata, dominio che aveva quegli contro il quale si fa l'aggiudicazione, purchè questo aggiudicatario paghi il prezzo dell'aggiudicazione.

252. Allorchè quegli contro il quale l' aggiudicazione è stata fatta non era il proprietario della cosa, se questa cosa era un mobile corporale che venne venduto e aggiudicato all'incanto, l'aggiudicazione non lascia di trasferirne il dominio di proprietà nell'aggiudicatario, avendo mancato il vero proprietario di presentarsi, e chiedere la restituzione della sua cosa prima dell'aggiudicazione.

Se la cosa sequestrata e venduta con solenne decreto contro di un possessore che non n' era il proprietario, fosse stato un podere o cotal altro immobile, l' aggiudicazione giudiziale non lascia perciò di trasferire il dominio di proprietà nell'aggiudicatario, avendo mancato il proprietario d'opporsi al decreto, prima che questo sia stato messo in esecuzione.

253. Finalmente la prescrizione è un modo di acquistare giusta il diritto civile: noi ne parleremo più diffusamente in un trattato particolare.

SEZIONE VI.

Come e per mezzo di quali persone noi acquistiamo il dominio di proprietà.

§ 1. *Per mezzo di quali persone.*

254. Secondo il diritto romano noi possiamo acquistare il dominio di proprietà di una cosa non solo da noi medesimi, ma eziandio per mezzo di quelli che sono in nostra podestà: *Acquiruntur nobis non solum per nosmetipsos; sed etiam per eos quos in potestate habemus*; *l.* 10, *ff. de acq. rer. dom.*

Secondo i principii di questo diritto, gli schiavi erano riguardati piuttosto come cose de'loro padroni, che come persone; laonde essi non potevano aver nulla di proprio che loro appartenesse; e tutto ciò che acquistavano era all' istante medesimo *et ipso jure* acquistato ai loro padroni, *tanquam ex re sua profectum.*

Giusta i principii di questo stesso diritto, la podestà che i padri avevano sopra de' loro figli non era diversa da quella che i padroni avevano sopra de' loro schiavi. Sebbene i figli di famiglia fossero capaci di tutte le funzioni civili e pubbliche, e potessero egualmente che i padri di famiglia esser promossi alle maggiori dignità, tuttavia riguardo al loro padre, sotto la cui podestà erano ravvisati piuttosto come una cosa a lui appartenente che come una persona, nulla potevano avere, al par degli schiavi, che lor fosse proprio. Questo principio, *qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest*, *d. l.* 10, *ff.* § 1, era comune ai figli di famiglia ed agli schiavi; in conseguenza, tuttociò che acquistavano in qualsivoglia modo e per qualunque causa lo acquistassero, era all'istante *et ipso jure* acquisito al loro padre o avo paterno nella cui podestà si trovavano, *tamquam ex re sua profectum.*

Si cominciò sotto gl' imperatori a modificare il diritto della patria podestà, rapporto a ciò che acquistavano i figli di famiglia. I primi imperatori affin di affezionarsi le persone dedite alle armi concessero a queste parecchi privilegi, e fra gli altri quello che quanto acquistassero i militari che fossero figli di famiglia, nell' esercizio della loro professione, lo acquisterebbero intieramente per sè, come se fossero padri di famiglia, senza che il loro padre sotto la cui podestà si trovavano, nulla vi potesse pretendere, tranne il caso in cui il figlio di famiglia fosse morto senza averne disposto. Chiamavasi questo *peculio castrense*, *peculium castrense.* Giovenale parlando di que-

to privilegio, così si esprime nella sua satira 16:

> *Nam quae sunt parta labore*
> *Militiae placuit non esse in corpore census,*
> *Omne tenet cujus regimen pater.*

Questo privilegio non tardò ad essere esteso ai veterani. Gl'imperatori in seguito accordarono ai figli di famiglia, che erano impiegati nel servizio della repubblica, o erano giudici o avvocati, o professavano scienze liberali, il medesimo privilegio, rapporto a' beni che acquistavano nell'esercizio di queste professioni, di quello che i militari, figli di famiglia, avevano rapporto a que'beni che acquistavano *occasione militiae*; e si diede per conseguenza a'beni, che questi figli di famiglia avevano in tale guisa acquistati, il nome di ***peculium quasi castrense***, perchè vi avevano un diritto simile a quello che i militari, figli di famiglia, avevano riguardo al loro ***peculium castrense***.

Si accordò un simile privilegio anche per ciò che i figli di famiglia, ecclesiastici, percipevano dalle rendite o benefizj della chiesa, ed ecco una altra specie di ***peculium quasi castrense***.

Riguardo a quello che i figli di famiglia acquistavano altrimenti che ***ex causa castrensi***, eravi nel diritto giustinianeo un'altra distinzione. Giustiniano avea conservato l'antico diritto de' padri in ciò che acquistavano i loro figli, solamente però sopra quello che i figli acquistavano ***ex re patris***, come sarebbe, per esempio, il guadagno che avesse fatto un figlio in qualche negozio per cui il di lui padre gli avesse somministrati i fondi, e questo chiamavasi ***peculium profectitium***. Giustiniano avea conservato ai padri, secondo l'antico diritto, la piena proprietà e la piena disposizione di questo peculio; il figlio non lo riteneva che con l'assenso del padre, che poteva levarglielo quando più gli piaceva.

Relativamente a'beni che un figlio di famiglia acquistava altrimenti che ***ex re patris***, benchè ciò non fosse ***ex causa castrensi, aut quasi castrensi***, come quelli che il figlio di famiglia avesse avuti dall' eredità di sua madre, o da altri parenti, o da donazioni o legati che gli fossero stati lasciati dai suo amici; cotesti beni formavano ciò che dicevasi ***peculium adventitium***. Il figlio, secondo il diritto di Giustiniano, ne acquistava per sè medesimo la proprietà; il di lui padre non ne aveva che l' usufrutto, finchè il figlio doveva rimanere sotto la sua podestà. Del quale usufrutto però il padre aveva diritto di ritener la metà, allorchè lo metteva fuori della sua podestà per mezzo dell' emancipazione. Vedi il titolo delle Istituzioni, ***per quas pers. cuiq. acquir.***, § 1 e 2.

255. Riguardo al diritto francese, non essendovi schiavi in Francia, i principj del diritto romano sopra il diritto che i padroni avevano di acquistare tutto ciò che acquistavano i loro schiavi, non possono ricevere applicazione, se si eccettuino le nostre colonie, dove abbiamo degli schiavi.

Il diritto che hanno i padri, secondo le leggi romane, di acquistare quanto acquistano i figli soggetti alla loro podestà, non è ammesso nelle provincie del regno le quali non sono regolate dal diritto scritto, o che si chiamano paesi regolati da Statuti. La patria podestà non produce in essi questo effetto; e tutto ciò che i figli acquistano, lo acquistano per sè senza che il loro padre abbia diritto di pretendervi cosa alcuna.

Comechè in queste provincie la podestà che i mariti hanno sopra le loro mogli sia molto estesa, e ch' elleno nulla possano fare e acquistare senza essere autorizzate da' loro mariti, ovvero dal giudice nel caso di un loro rifiuto o mancanza; nondimeno questa podestà, alla quale soggiacciono, non impedisce che ciò che esse acquistano con autorizzazione, non lo acquistino per sè medesime.

A Parigi ed in qualunque altro paese regolato da Statuti, noi non acquistiamo dunque ***per eos quos in potestate habemus***, ma acquistiamo soltanto ***per nosmetipsos***.

256. Ma fa d' uopo osservare che noi siamo riputati acquistare per ***nosmetipsos***, il dominio delle cose che noi acquistiamo per mezzo d' altre

persone che le acquistano per noi e in nostro nome, avendo a tal fine qualità o potere da noi.

Laonde non v'ha dubbio che i minori e gl' interdetti acquistano tutto ciò che i tutori o curatori acquistano per essi nel loro nome e qualità di tutore o di curatore: *Tutor pupilli pupillae, similiter ut procurator, emendo nomine pupilli, pupillae; proprietatem illis acquirit etiam ignorantibus*; *l.* 13, § 1, *ff. de acq. rer. dom.*

257. Parimente, quando io diedi a taluno la facoltà di acquistare a mio nome una cosa, tostochè l' ha acquistata e ricevuta in mio nome ed in qualità di mio procuratore, io vengo considerato aver da quel momento acquistato per di lui mezzo il dominio di questa cosa, tuttochè io non avessi ancora cognizione dell' acquisto da lui fatto per ordine mio: *Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, idest proprietas acquiritur etiam ignoranti*: *d. l.* 13.

258. Quantunque una persona riceva una cosa per noi e in nostro nome, ov' essa non abbia nè qualità nè potere da noi, non acquistiamo il dominio delle cose da lei ricevute per noi e in nostro nome, che dal giorno della nostra ratifica. Quindi se io avessi pagata una somma di danari che io doveva ad uno che si spacciava per procuratore del mio creditore, senza che realmente lo fosse; tuttochè questo sedicente procuratore abbia ricevuta questa somma pel mio creditore ed in suo nome, il mio creditore non acquista il dominio di proprietà di questi danari, che dal giorno in cui ratifica il pagamento fatto al suo sedicente procuratore; ed in conseguenza soltanto da questo giorno io sono liberato dal mio debito verso di lui. Questo è ciò che insegna Paolo; *Si ego hac mente pecuniam procuratori* (1) *dem, ut ea ipsa creditoris fieret, proprietas quidem per procuratorem* (2) *non acquiritur; potest tamen creditore etiam invito me ratum habendo pecuniam suam facere, quia procurator in accipiendo* (3) *creditoris dumtaxat negotium gessit, et ideo creditoris ratihabitione liberor. l.* 24, *ff. de negot. gest.*

§ 2. *Come acquistiamo il dominio di proprietà.*

259. Ordinariamente, perchè noi acquistiamo il dominio di proprietà di una cosa fa d' uopo che abbiamo la volontà di acquistarlo.

Questa volontà, riguardo ai minori che sono sotto la podestà del tutore, e degli interdetti che sono sotto la podestà del curatore, viene supplita da quella del loro tutore e curatore; si considerano aver voluto tutto ciò che i loro tutori e curatori hanno nella detta lor qualità voluto per essi.

Parimente, rapporto agli acquisti che fanno i corpi e le comunità, la volontà di acquistare il dominio di proprietà delle cose che acquistano, di cui i detti corpi e comunità sono da se stessi incapaci, è supplita da quella dei loro sindaci e amministratori che acquistano per e a nome di dette comunità.

260. Il nostro principio, che per acquistare il dominio di proprietà di una cosa sia d' uopo che noi abbiamo la volontà di acquistarlo, soffre parecchie eccezioni.

La prima è riguardo agli acquisti che noi facciamo a titolo di accessione; le cose che acquistiamo a questo titolo, essendo da noi acquistate, *vi ac potestate rei nostrae*, o perchè provengono da una cosa che ci appartiene, o perchè fanno parte di una cosa che è nostra, cotesto acquisto si fa *ipso jure*, anche senza nostra saputa, e per conseguenza senza che siavi bisogno che noi esterniamo la volontà di acquistar tali cose che ci sono in tal modo acquisite.

261. La seconda eccezione è ri-

(1) Idest ei qui se gerebat pro procuratore creditoris mei, quamvis mandatum non haberet.
(2) Qui mandatum non habet.
(3) Eam accipiendo nomine creditoris.

guardo alle cose che compongono una eredità che ci è deferita; il dominio di proprietà di tutte queste cose ci è acquisito in forza della regola: *il morto mette in possesso il vivo*, dal momento della morte del testatore che ci ha deferita la sua eredità, anche prima che noi avessimo cognizione della sua morte, e per conseguenza prima che abbiamo potuto avere la volontà di acquistare.

Ma siccome, giusta l'altra regola del diritto francese, *non è erede chi non vuol esserlo*, colui al quale viene deferita l'eredità non è riputato esserne messo in possesso all'istante della morte del testatore, senonchè nel caso in cui successivamente egli o coloro che subentrano ne' suoi diritti accetteranno questa eredità; così se colui o coloro che saranno in sua vece vi rinunciano, egli sarà considerato non essere mai stato in possesso de' beni di questa eredità, e non averne mai nulla acquistato.

262 Il nostro principio, che per acquistare il dominio di proprietà di una cosa faccia mestieri avere la volontà di acquistarla, soffre una terza eccezione, rapporto alle cose che ci sono legate per testamento; il dominio di proprietà di queste cose si considera a noi già acquisito *ipso jure*, *statim atque dies legati cessit*; vale a dire dall'istante della morte del testatore, quando il legato è fatto senza condizione; o dall'istante dell'adempimento della condizione, quando il legato è condizionale, quantunque noi non avessimo ancora veruna cognizione nè della morte del testatore nè del legato fattovi, e per conseguenza prima che avessimo potuto avere la volontà di acquistare le cose legate, purchè però non ripudiassimo in seguito il predetto legato; avvegnachè in questo caso noi saremmo riputati non aver mai acquistate le cose che ci sono state legate. Questo è ciò che insegna il giureconsulto: *Si pure res relicta sit, et legatarius legatum si non repudiaverit, recta via dominium quod haereditatis fuit, ad legatarium transit, numquam factum haeredis*; *l.* 80, ff. *de legat.* 2.° Egli dice ancora: *Legatum ita dominium rei legatarii facit, ut haereditas haeredis res singulas*; *d. l.* 80.

Si osservi che sebbene il legatario sia riputato avere acquistato all'istante della morte del testatore il dominio delle cose legategli, non gli è però permesso di mettersene da sè stesso in possesso; le deve ricevere dalle mani dell'erede: *Æquissimum Prætori visum est unumquemque non sibi ipsum jus dicere occupatis legatis sed ab haerede petere*; *l.* 1, § 2, ff. *quod legatorum*, ec.

263. Affinchè noi possiamo acquistare il dominio di proprietà di una cosa, sia per diritto di occupazione, sia mediante la tradizione che ce ne vien fatta da colui al quale essa appartiene, oltre all'essere necessaria la nostra volontà di acquistarla, fa d'uopo che v'intervenga per parte nostra qualche fatto corporale per cui noi la prendiamo, o la riceviamo da quello che ce ne fa la tradizione; non è però necessario che sia un nostro proprio fatto, potendosi benissimo acquistare il dominio di proprietà di una cosa pel fatto di un altro che la prende, o che la riceve per noi e in nostro nome.

SEZIONE VII.

Come si perda il dominio di proprietà.

264. Noi perdiamo il dominio di proprietà delle cose che ci appartengono, o per nostra volontà, o qualche volta ancora senza nostra volontà ed a nostro malgrado.

§ 1. *In quali casi siamo riputati perdere per nostra volontà il dominio di proprietà delle cose che ci appartengono.*

265. Una persona perde per sua volontà il dominio di proprietà di una cosa che le appartiene, allorchè avendo l'uso de' suoi diritti, ed essendo capace di alienare, ella fa la tradizione di questa cosa a taluno a cui vuole trasferirne il dominio.

Egli è evidente che quelle persone, le quali non sono capaci di alienare, non possono tampoco per lo-

ro volontà trasferire in altri il dominio delle cose che loro appartengono.

Vedi ciò che abbiamo detto *supra*, sez. 4, n. 225.

266. Nella stessa guisa che la volontà delle persone che soggiacciono alla podestà del tutore o del curatore, viene supplita da quella de' loro tutori o curatori per acquistare il dominio di proprietà delle cose, che i loro tutori e curatori nella rispettiva lor qualità acquistano per esse, e che si reputa avere esse avuta la volontà di acquistare il dominio di proprietà delle cose ch'eglino acquistarono per esse; similmente la volontà di tali persone viene supplita da quella de' loro tutori e curatori, per riguardo alle cose che loro appartengono, e che i loro tutori e curatori alienano nella detta qualità di tutori e di curatori, senza eccedere i limiti della loro amministrazione; ed elleno sono riputate avere colla loro volontà, supplita da quella de' loro tutori e curatori, perduto il dominio di proprietà che aveano di quelle cose che i loro tutori e curatori hanno in tal modo alienate.

Parimente la volontà della quale i corpi morali e le comunità sono incapaci, viene supplita da quella dei loro sindaci ed amministratori, riguardo alle cose appartenenti a detti corpi e comunità, che i detti sindaci ed amministratori, senza eccedere i limiti della loro amministrazione, alienano nella predetta loro qualità di sindaci ed amministratori; ed i predetti corpi e comunità vengono riputati di aver perduto, per la loro volontà supplita da quella de' predetti sindaci ed amministratori, il dominio di proprietà delle cose che i loro sindaci ed amministratori hanno in cotal guisa alienate.

267. Una persona che usa de' proprj diritti, ed è capace di alienare, può perdere il dominio di proprietà di una cosa che le appartiene, non solamente facendolo passare col mezzo della tradizione da una persona in un' altra; ma può parimente perderlo mediante il semplice abbandono ch' ella fa della cosa di cui non vuole più avere il dominio: *Si res pro derelicta habita sit, statim nostra esse desinit, et occupantis* (1) *fit, quia iisdem modis res desinunt esse nostræ quibus acquiruntur*; *l.* 1, ff. *pro derel.*

Proculo opinava che questa persona non ostante così fatto abbandono conservava sempre il dominio della cosa abbandonata, sinchè un altro se ne fosse messo in possesso; ma l'opinione contraria prevalse: *Sed Proculus non desinere eam domini esse, nisi ab alio possessa fuerit. Julianus desinere quidem omittentis esse, non fieri alterius, nisi ab alio possessa fuerit et recte*; *l.* 2, § 1, ff. *d. tit.*

Si noti che la cosa della quale ho perduto il dominio per l'abbandono che ne ho fatto, divenendo una cosa che non appartiene ad alcuno, finchè un primo occupante se ne impossessi, io posso sino a quel tempo, se mi pento di averla abbandonata, riprender questa cosa, e riprendendola acquistarne di nuovo il dominio di proprietà.

268. Si è fatta la questione, se si possa abbandonare il dominio di una cosa per una parte indivisa di questa cosa. Non v' ha dubbio che quegli il quale non ha il dominio di proprietà di una cosa, sennonchè per una parte indivisa, può benissimo abbandonarla per quella parte che ne ha; ma colui che ha il dominio di proprietà pel totale di una cosa non può abbandonarlo per una parte indivisa, e ritenerlo per un' altra parte; conciossiacchè non si abbandona veramente una cosa che quando nulla vi si ritenga di essa: *An pars pro derelicto haberi possit, quaeri solet. Et quidem si in re communi socius partem suam reliquerit, ejus esse desinit; ut hoc sit in parte, quod in toto: atque totius rei dominus, efficere non potest ut partem retineat, partem pro derelicto habeat*; *l.* 3, ff. *pro derel.*

269. Non è lo stesso di una porzione divisa di una cosa; è certo, per esempio, ch' io posso perdere il dominio di proprietà di un pezzo di

(1) Come cosa divenuta *res nullius*, per l' abdicazione che abbiamo fatta di questo dominio.

terra che faceva parte del mio podere, abbandonando questo pezzo di terra senza abbandonare il rimanente del mio podere; imperciocchè questo pezzo di terra è qualche cosa di reale, che io abbandono per il totale, e nel quale io nulla ritengo; laddovechè la porzione indivisa di una cosa è qualche cosa che non sussiste che in idea, e che non può formare la materia di un abbandono reale.

270. Notisi che coloro i quali in una burrasca, affine di alleggerire il vascello, gettano in mare le merci, non hanno la volontà di perderne il dominio di proprietà; la loro intenzione, gettandole in mare, è unicamente quella di alleggerire il vascello. Quindi ne ritengono il dominio di proprietà; e se in seguito queste merci venissero ad essere raccolte e salvate dal mare, o gettate da questo sopra le spiagge, essi avrebbero il diritto di rivendicarle, come cose a loro appartenenti, pagando però le spese per la loro ricupera. Quindi, coloro che se ne impadronissero commetterebbero un furto. Questo è ciò che insegna Gajo, nella legge 9, § 8, ff. *de acq. rer. dom.* Dove dopo di aver parlato delle cose *quae pro derelictis habentur*, dice: *Alia causa est earum rerum quae in tempestate maris, levandae navis causa ejiciuntur; haec enim dominorum permanent, quia non eo animo ejiciuntur, quod quia eas habere non vult, sed quod magis cum ipsa nave periculum maris effugiat: qua de causa si quis eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactus, lucrandi animo abstulerit, furtum committit.*

Avviene in questo caso, dice Giuliano, quello che avviene nell'altro in cui un uomo trovandosi troppo aggravato da pesi, lasciasse sopra la strada una parte del suo carico coll'intenzione di tornare a prenderlo; *l.* 8, ff. *de L. Rhod.*

271. Allorchè un debitore, dietro il rifiuto del suo creditore di ricevere una somma di danari che gli deve, la deposita, quantunque pel deposito ch'egli ne ha fatto, ove però sia giudicato valido, egli venga liberato da questo suo debito, e le monete depositate sieno, appena fatto il deposito, a rischio e pericolo del creditore; ciò nondimeno siccome, nel depositarle, la sua volontà non è quella di abdicarne il dominio di proprietà puramente e semplicemente, ma di farlo passare nel creditore, quando questi crederà conveniente il ritirare dal deposito i predetti denari; tuttavia egli conserva il dominio, almeno quanto alla sottigliezza del diritto, delle monete depositate sino a che il creditore ne abbia acquistato il dominio col ritirarle dal deposito. Vedi il nostro Trattato delle Obbligazioni, n. 580.

272. Il proprietario di un fondo gravato d'una rendita enfiteutica, che lo abbandona per liberarsi dal peso del canone, ne perde il dominio di proprietà tostochè tale abbandono è fatto in regola, quantunque il padrone della rendita non lo abbia per anco accettato; imperciocchè l'abbandono del fondo è una abdicazione pura, semplice ed assoluta che l'abbandonante fa del suo diritto di proprietà, notificata al padrone del canone; e non per altro colui che abbandona il fondo, dal giorno del suo abbandono cessa di esserne proprietario, se non perchè cessa da tale giorno d'essere obbligato alla rendita. Ma come in forza di questo abbandono l'alienazione che il padrone della rendita o i di lui autori aveano fatta del fondo mediante l'enfiteusi è distrutta, ed il padrone della rendita acquista il diritto di rientrarvi, o di ricuperarne il dominio che aveva alienato; quantunque sino a tanto che egli vi sia rientrato, il fondo rimanga una cosa senza padrone, ciò nulla ostante nessuno ha diritto d'impadronirsene a suo pregiudizio.

273. Un debitore che fa a' suoi creditori una cessione ed abbandono dei suoi beni, sia giudizialmente sia per transazione, non perde per siffatto abbandono il dominio di proprietà delle cose che gli appartengono comprese in siffatto abbandono, sinchè in esecuzione di questo abbandono esse sieno state vendute dai creditori e consegnate ai compratori; imperciocchè questo abbandono non si reputa essere altra cosa che un potere che

egli conferisca a' suoi creditori di godere de' suoi beni, e di venderli per soddisfarsi de' loro crediti, tanto sulle rendite, come sopra il prezzo: *Is qui bonis cessit, ante rerum venditionem, utique bonis suis non caret; l. 3, ff. de cession. bon.*

§ 2. *In quali casi noi perdiamo senza nostro consenso il dominio di proprietà delle cose che ci appartengono.*

274. Un debitore perde senza il suo consenso il dominio di proprietà delle cose che gli appartengono, colla vendita che ne vien fatta da' suoi creditori che se ne sono messi in possesso.

Un debitore perde parimente senza il suo consenso il dominio di proprietà d' una cosa che gli appartiene, allorchè in esecuzione di una sentenza che lo ha condannato a darla ad una persona, alla quale si era obbligato di darla, ne viene spogliato *manu militari.*

Noi perdiamo similmente senza nostro consenso il dominio di proprietà delle cose che ci vengono tolte dall' autorità pubblica per qualche causa di pubblica utilità, come quando il sovrano s' impadronisce del mio terreno per farne una strada maestra.

275. Noi perdiamo altresì il dominio delle cose che ci appartengono, allorchè ci vengono prese in guerra dal nemico; perchè in forza del diritto delle genti e delle leggi della guerra, il proprietario ne è talmente spogliato, che quand' anco venissero ad essere al nemico riprese, *puta* da un corsale francese, l' antico proprietario non ne ricupererebbe il dominio, il quale sarebbe acquistato da quello che le avesse ritolte al nemico, come lo abbiamo veduto *supra, n.* 97; purchè però la cosa sia stata ripresa dopo ch' essa era rimasta ventiquattro ore almeno in potere del nemico, poichè se fosse stata ripresa prima di questo tempo, il proprietario è riputato non averne mai perduta la proprietà.

Questo diritto delle genti che trasferisce il dominio di proprietà delle cose prese in guerra al nemico che se ne è impadronito, ha luogo soltanto nel caso di una guerra solennemente dichiarata fra due sovrani che hanno diritto di farla.

Accade altrimenti nelle guerre civili; noi non perdiamo il dominio di proprietà delle cose che ci appartengono, quando i membri dell' opposta fazione se ne sono impadroniti per forza. Questo è il sentimento di Grozio, *de jure belli et pacis*, lib. 9, tit 9, *n. fin.* A più forte ragione noi non perdiamo il dominio di quelle che da pirati o da ladri ci vengono rapite.

276. Finalmente noi perdiamo senza nostro consenso ed anche senza nostra saputa il dominio di proprietà di una cosa che ci appartiene, allorchè quegli che la possiede viene ad acquistarla per diritto di prescrizione. Tostochè questo possessore ha da sè, o per mezzo de' suoi autori, compito il tempo richiesto per la prescrizione, la legge che ha stabilita la prescrizione ci priva *ipso jure* del dominio di proprietà che noi avevamo di questa cosa, e lo trasferisce in questo possessore.

277. Del resto noi non perdiamo il dominio di proprietà di una cosa, per ciò solo che ne abbiamo perduto il possesso, e quantunque ignorassimo assolutamente il destino della medesima. Laonde, se un lupo ha rapito uno de' miei porci, io non perdo il dominio di proprietà di questo animale finchè esso esiste, e che il lupo non lo ha ancora divorato; perlochè se a taluno, avendo incontrato il lupo che trascinava seco il mio porco, fosse riuscito coll' ajuto de' suoi cani di fargli lasciar la sua preda, egli è obbligato a restituirmi il mio porco da lui liberato, qualora io giustifichi ch' esso faceva parte della mia mandra: *Quum pastori meo lupi porcos eriperent, hos vicinae villae colonus, cum robustis canibus et fortibus, quos pecoris sui gratia pascebat, consecutus, lupis eripuit, aut canes extorserunt ... melius est dicere, et quod lupo eripitur nostrum manere tamdiu quamdiu recipi possit id quod ereptum est . . . licet non animo furandi fuerit colonus persecutus. . . tamen quum reposcenti non reddit, supprimere et in-*

terripere videtur. Quare et furti et ad exhibendum teneri eum arbitror; *l.* 44, ff. *de acq. rer. dom.*

278. Questo principio, che noi non perdiamo il dominio di proprietà delle cose che ci appartengono solamente perchè ne abbiamo perduto il possesso, soffre eccezione riguardo a quelle cose che per loro natura trovansi nello stato di comunione negativa, finchè non vengono occupate da alcuno, come sono gli animali selvatici; noi perdiamo il dominio di proprietà di questi animali, tostochè cessano di essere in nostro potere e ritornino nel pristino stato di libertà naturale. *Quidquid eorum ceperimus*, dice Gajo, *eo usque nostrum esse intelligitur, donec custodia nostra coerceatur; quum vero evaserit custodiam nostram et in libertatem naturalem se receperit, nostrum esse desinit, et rursus occupantis fit*; *l.* 3, § 2, ff. *de acq. rer. dom.*

Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, quum vel oculos nostros effugerit, vel ita sit in cospectu nostro, ut difficilis sit ejus persecutio; *l.* 5, ff. *d. tit.*

279. Riguardo agli animali selvatici da noi addomesticati, che sono soliti ad andarsene per qualche tempo e poi ritornarsene a casa, questi si reputano in nostro potere finchè conservano una siffatta abitudine: ma se allontanatisi al solito, non si vedono più ritornare dopo un tempo notabile, cosicchè siavi ragion di temere ch' essi abbiano perduta l' abitudine di ritornare, siamo riputati non averli più in nostro potere, ed averne per conseguenza perduto il dominio: *In his animalibus quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque nostra esse intelliguntur, donec revertendi animum habeant; quod si desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse, et fiant occupantium. Intelligitur autem desiisse revertendi animum habere, tunc quum revertendi consuetudinem deseruerint*; *l.* 5, § 5, ff. *d. tit.*

280. Il mare e le spiagge del mare essendo nel numero di quelle cose che diconsi *res communes*, le quali rimasero nello stato di comunione negativa, se io ho costruito un edifizio sul mare o sulle spiagge del mare, io ho bensì il dominio di proprietà di quella parte di mare che viene occupata dal mio edifizio sino a tanto che io l' occupo; ma se il mio edifizio viene ad esser distrutto, non occupando più questa parte di mare o di spiaggia marittima, io perdo il dominio di proprietà che aveva di questa parte di mare o di spiaggia, la quale ritorna nel primiero suo stato di cosa comune, la di cui proprietà non appartiene ad alcuno. Questo è ciò che insegna Nerazio: *Illud videndum est, sublato aedificio, quod in littore positum erat, cujus conditionis is locus sit? Hoc est utrum maneat ejus, cujus fuit aedificium, an rursus in pristinam causam recidat, proindeque publicus sit, ac si, numquam in eo aedificatum fuisset? Quod proprius est ut existimari debeat, si modo recipit pristinam littoris speciem*; *l.* 14, § 1, ff. *d. tit.*

PARTE SECONDA

Dal dominio di proprietà che noi abbiamo delle cose particolari nasce un' azione che si chiama *azione di rivendicazione*. Dal dominio che noi abbiamo di una eredità che la legge ci ha deferita, nasce un' azione contro coloro che ce la contrastano, che chiamasi *petizione di eredità*. Noi tratteremo nel primo capitolo dell'azione di rivendicazione; nel secondo della petizione di eredità.

CAPITOLO PRIMO.

Dell'azione di rivendicazione.

281. L'azione di rivendicazione è una azione che nasce dal dominio di proprietà, che ciascuno ha delle cose particolari, per cui il proprietario, che ne ha perduto il possesso, le reclama e le rivendica contro colui che se ne trova in possesso, e lo fa condannare a restituirgliele.

L'azione di rivendicazione è un'azione reale, poichè nasce da un diritto reale, che taluno ha in una cosa, cioè dal suo dominio di proprietà.

Sebbene questa azione sia reale, si possono però da essa trarre talvolta delle conclusioni personali che le sono accessorie, e che nascono da alcune obbligazioni che il possessore della cosa rivendicata ha contratte per rapporto a questa cosa verso colui che le rivendica.

Sopra questa azione di rivendicazione noi vedremo, nel primo articolo, quali cose possano formar l'oggetto di questa azione; da chi possa venir promossa, e contro di chi. Vedremo, nel secondo articolo, ciò che debba osservare il proprietario prima d'introdurre la domanda di rivendicazione, quello ch'ei dee praticare nel promuover questa domanda, e quale sia l'effetto della domanda di rivendicazione durante il litigio. Esamineremo, nel terzo articolo, quando l'attore che domanda la rivendicazione di un fondo o di una rendita, debba riputarsi avere giustificato il suo diritto di proprietà Tratteremo, nel quarto articolo, della restituzione che dee farsi della cosa rivendicata, quando è stata ammessa la domanda dell'attore. Nel quinto articolo parleremo di alcune prestazioni personali alle quali il possessore, sopra cui viene rivendicata la cosa, è talvolta obbligato verso l'attore che la rivendica. Nel sesto articolo faremo parola di quelle alle quali lo attore è qualche volta tenuto verso del possessore perchè debba rilasciargli la cosa rivendicata.

ARTICOLO PRIMO.

Quali cose possano formare l' oggetto dell' azione di rivendicazione; da chi e contro chi quest' azione possa essere promossa.

§ 1. *Quali cose possano formare l'oggetto dell'azione di rivendicazione.*

282. Tutte le diverse specie di cose particolari, di cui abbiamo il dominio di proprietà, possono essere lo oggetto dell'azione di rivendicazione, tanto i mobili, quanto gl' immobili: *Haec specialis in rem actio locum habet in omnibus rebus mobilibus, tam animalibus, quam in his quae anima carent, et in his quae solo continentur; l.* 1, §. 1, ff. *de rei vindic.*

Nel diritto francese si dà all'azione di rivendicazione de' mobili corporali il nome di *entiercement*, che gli è particolare; ne vedremo la ragione nell' articolo seguente.

Cujacio, nella sua opera *ad libros dig. Juliani, lib.* 78, sopra la legge 56, *de rei vindic.*, che ne è tratta, osserva che nel diritto romano l' azione di rivendicazione non aveva luogo che per le cose corporali. Nel diritto francese io nulla scorgo che impedisca al proprietario di una cosa incorporale, *puta*, di un diritto di censo, di un diritto di decima feudale o di una rendita, quando ne abbia perduto il possesso, di potere introdurre l' azione di rivendicazione di questa cosa contro un terzo che se ne trovasse in possesso, siccome si può istruire per le cose corporali.

283. Le sole cose particolari possono formar l' oggetto di questa azione. Una universalità di beni, come è una successione, ove ci venga contestata da alcuno, non da luogo alla azione di rivendicazione, ma ad una altra specie di azione, che è la petizione di eredità, di cui tratteremo nel capitolo seguente.

Avviene lo stesso dell' universalità dei beni di una persona morta senza eredi, che appartiene ad un feudatario che ha diritto sopra i beni di chi muore senza legittimo erede, o del peculio di un religioso defunto che appartiene al suo abate o al suo monastero. La contestazione sopra il dominio dell' universalità de' beni dà luogo ad un' azione simile a quella della petizione di eredità, e non alla rivendicazione.

Non bisogna confondere con l' universalità de'beni ciò che è soltanto universalità di cose, com'è una mandra di montoni, una razza di cavalli: queste specie di universalità non sono considerate che come cose particolari, e possono formar l' oggetto dell' azione di rivendicazione: *Posse etiam gregem vindicari Pomponius, libro lectionum*, 25° *scribit*: *idem de armentis et de equitio*; *l.* 1, § 3, ff *de rei vindic.*

284. L'azione di rivendicazione essendo una di quelle per cui il proprietario di una cosa la rivendica sopra colui che se ne trova in possesso, ne segue che le cose non appartenenti ad alcuno, come sono quelle che diconsi *divini aut publici juris*, non possono formare l' oggetto della predetta azione. Ma quando nelle dipendenze di una terra trovasi una cappella, sebbene questa cappella sia *res divini juris*, e quindi considerata *in se*, cioè separatamente, non sia suscettibile dell' azione di rivendicazione, nondimeno essa entra benissimo nell'azione di rivendicazione della terra come una sua dipendenza.

285. Secondo la sottigliezza del diritto romano, quando una cosa, di cui io aveva il dominio di proprietà, si trovava talmente unita ad una altra che vi apparteneva, che sembrava essere una parte accessoria, io non poteva rivendicarla finchè vi rimaneva unita in tal modo, perchè era considerata per tutto quel tempo non avere un'esistenza particolare, e non essere che una parte della vostra, alla quale essa era unita; bisognava dunque che io ricorressi all'azione *ad exhibendum* contro voi che la tenevate, per farvi condannare a staccarla e restituirmela; nè io poteva rivendicar questa cosa senonchè dopo che era stata staccata; perchè in forza di questo distacco ricuperando essa la sua esistenza particolare che aveva prima della unione, e venendo io per conseguenza a ricuperare su di essa il mio dominio di proprietà, poteva rivendicarla: *Quaecumque aliis juncta, sive adjecta, accessionis loco cedunt; ea, quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut separentur, et jure vindicentur*; *l.* 23 § 5, *de rei vindic.*

Nel diritto francese non si sta attaccati a tali sottigliezze, ed io sono d' avviso che quando ho perduto il possesso di una cosa, sulla quale ho il dominio di proprietà, debbo essere ammesso a rivendicarla contro colui che la tiene, tuttochè trovisi unita ad una cosa che gli appartiene, e ne formi come una parte accessoria; e sono autorizzato a conchiudere che egli venga obbligato a staccarnela ed a restituirmela. *Vedi n.* 177 *e seg.*

§ 2. *Da chi possa essere intentata l'azione di rivendicazione.*

286. Regolarmente cotesta azione non appartiene che a quello il quale ha il dominio di proprietà sulla cosa rivendicata, e non può essere intentata che da lui solo: *In rem actio competit, ei qui, aut jure gentium aut jure civili, dominium acquisiit*; *l.* 23, ff. *de rei vindic.*

D'onde segue che il compratore di una cosa che non gli è stata ancor consegnata, non ha diritto di promuovere la domanda di rivendicazione, avvegnachè egli non ne abbia per anco il dominio di proprietà; dominio ch'egli può acquistare soltanto per mezzo della tradizione che gliene fosse stata fatta in esecuzione del contratto: *Si ager ex emptionis causa ad aliquem pertineat, non recte hac actione (in rem) agi poterit, antequam traditus sit, tuncque* (1) *possessio amissa sit*; *l.* 50.

287. Per la stessa ragione, se un

(1) *Idest tunc post traditum sibi agrum, dominiumque quaesitum, possessionem agri emptor amiserit.*

uomo ha comperato per sè ed in suo nome una cosa col danaro che voi gli avevate dato in deposito, voi non avete diritto di promuovere la domanda di rivendicazione di questa cosa, tuttochè acquistata co' vostri denari; perchè voi non ne avete il dominio di proprietà, non essendo essa stata acquistata da voi, nè in vostro nome: *Si ex ea pecunia quam deposueris, is apud quem collocata fuerat, sibi possessionis comparavit, ipsique traditae sunt, tibi vel omnes tradi, vel quasdam ex his compensationis causa ab invito eo in te transferri, injuriosum est*; *l.* 6, Cod. *de rei vindic.*

Nulladimeno vi sono alcuni casi in diritto, ne' quali contro il rigor dei principj si accorda a colui che ha dati i danari co' quali si è comperata la cosa, la rivendicazione di essa.

288. Per potere intentar quest' azione non è necessario che il dominio che abbiamo della cosa rivendicata, sia un dominio perfetto ed irrevocabile: tuttochè dovessimo perderlo dopo un certo tempo, o allo adempimento di qualche condizione, finchè conserviamo il dominio della cosa, siamo autorizzati a rivendicarla: *Non ideo minus recte quod nostrum esse vindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur, si conditio legati vel libertatis extiterit*; *l.* 66, ff. *de rei vindic.*

Per esempio, il proprietario di un fondo gravato di sostituzione, finchè la sostituzione non è aperta, è autorizzato a rivendicarlo.

289. Similmente, non è necessario che il dominio di proprietà che abbiamo della cosa rivendicata, sia una proprietà piena; benchè io abbia soltanto la nuda proprietà di una cosa, appartenendone l' usufrutto ad un altro, ho diritto però di rivendicarla; conciossiachè, sebbene lo usufrutto non mi appartenga, ne sono però sempre proprietario riguardo al totale, giacchè l' usufrutto ch'io non ho è una servitù, un peso, anzichè una parte della cosa: *Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam quum usufructus alienus est, quia usufructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter; nec falso dici totum meum esse, cujus non potest ulla par dici alterius esse*; *l.* 25, ff. *de verb. signif.*

290. Nè più è necessario nel diritto francese, perchè noi potessimo rivendicare una cosa, che ne avessimo il dominio diretto; basta che ne abbiamo il dominio utile: un enfiteuta, colui che tenga una cosa in pegno, hanno questa azione.

291. Quegli che non ha che il dominio parziale di una cosa, può rivendicarla per quella parte che vi ha, ancorchè la cosa non fosse suscettibile di parti reali, ma soltanto di parti intellettuali: *Eorum quoque, quae sine interitu dividi non possunt, partem petere posse constat*; *l.* 35, § 3, *de rei vindic.*

292. Benchè regolarmente l' azione rivendicatoria di una cosa appartenga soltanto a quello che ne è il proprietario, pure si accorda talvolta a colui che non ne è il proprietario, ma che era per divenirlo allorchè ne perdette il possesso. Perciocchè se quegli che possedeva di buona fede in virtù di un giusto titolo una cosa di cui non era proprietario, ne ha perduto il possesso prima della scadenza del tempo richiesto per la prescrizione, viene ammesso, tuttochè non sia proprietario di questa cosa, a rivendicarla mediante l' azione rivendicatoria contro coloro che la possedono senza titolo.

Cotesta azione è quella che in diritto si chiama *actio publiciana*, essa è fondata sull' equità, che vuole che quegli ch' era il giusto possessore di una cosa, e che, sebbene non ne fosse ancora proprietario, era vicino ad esserlo, sia preferito per aver questa cosa, ove ne abbia perduto il possesso, ad un usurpatore che se ne è messo ingiustamente in possesso.

293. Non è precisamente necessario che il titolo in virtù del quale io ho posseduta la cosa, fosse un titolo valido; basta ch'io avessi qualche ragionevol motivo di crederlo tale, acciocchè io sia riputato esserne stato un giusto possessore, e quindi ammesso ad intentar quest'azione, quando abbia perduto il possesso della cosa: così, per esempio, se io ho comprato da un pazzo, del quale ignorava l'alienazione di mente, una cosa

ch' egli mi ha consegnata; sebbene la vendita ch' ei me ne ha fatta, in virtù della quale io posseggo detta cosa, fosse nulla, tuttavia non essendomi io accorto di questa sua aberrazione di mente, ebbi motivo di crederla valida; ciò che basta a farmi riputare esserne stato un giusto possessore, e quindi farmi ammettere ad instituir tale azione contro un usurpatore che me ne avesse tolto il possesso: ***Marcellus scribit eum qui a furioso*** [1], ***ignorans eum furere, emit, posse usucapere; ergo et pubblicianam habebit***; *l.* 7, *ff. de publ. act.*

In generale, l' opinione di un giusto titolo, quantunque erronea, ov'ella abbia un giusto fondamento, equivale al titolo, e basta per quest'azione siccome basta per la prescrizione, come lo vedremo nel nostro Trattato della Prescrizione.

294. Ordinariamente l' antico possessore di buona fede, che non è ancora proprietario, è ammesso a rivendicare la cosa, di cui abbia perduto il possesso, solamente contro quelli che posseggono senza titolo. Perchè se dopo averlo egli perduto, il possesso di questa cosa fosse passato in quello che ne è il vero proprietario, è manifesto ch' ei non sarebbe ammissibile a rivendicarla contro il vero padrone: in tal caso, ***exceptio justi dominii publicianae objicienda est***; *l.* 16, *ff. de publ. act.*; imperciocchè, come osserva assai bene Nerazio, ***publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur***: *l.* 17, *d. tit.*

Parimente l' antico possessore di buona fede non è ammesso a rivendicare la cosa di cui ha perduto il possesso, contro di un possessore il quale, senza esserne proprietario, la possedesse però in virtù di un giusto titolo, come lo vedremo più abbasso: conciossiachè le due parti essendo in tal caso di egual condizione, il possessore attuale deve aver la preferenza: ***In pari causa potior causa possessoris.***

295. Hannovi però due casi, in cui l' antico possessore di buona fede è ammesso a rivendicare la cosa di cui ha perduto il possesso, eziandio contro il proprietario presso cui la si trova, e molto più contro un altro possessore di buona fede.

Il primo caso è, allorchè il proprietario presso cui si trova la cosa avesse acconsentito alla vendita che me ne è stata fatta, o a qualche altro titolo in virtù del quale io la possedessi; siccome appunto nel caso riferito da Papiniano. Il proprietario di una cosa ha proibito al suo procuratore, che l' aveva di suo consenso venduta, di farne la tradizione al compratore; la tradizione che ne fu fatta al compratore non ne ha in lui trasferito la proprietà, perchè fatta contro la volontà del proprietario: ciò nondimeno, siccome l' equità non permette ch'egli contravvenga al consenso da lui prestato alla vendita che ne fu fatta, non solamente egli non verrà ammesso a rivendicarla contro il compratore che la possedesse, il quale opporrebbe contro la sua azione ***exceptionem doli***; ma eziandio nel caso in cui il compratore avesse perduto il possesso di questa cosa, che si trovasse nelle mani del proprietario, il compratore sarà ammesso a rivendicarla ***per actionem publicianam*** contro il proprietario; ***Papinianus scribit***: ***Si quis prohibuit vel denuntiarit, ex causa venditionis, tradi rem quae ipsius voluntate a procuratore fuerat distracta, et is nihilominus tradiderit, emptorem tuebitur Praetor, sive possideat, sive petat rem***; *l.* 14, *ff. de publ. act.* Se contro l'azione publiciana che il compratore intenta contro il proprietario, questo proprietario oppone ***exceptionem dominii***, il compratore opporrebbe contro siffatta eccezione il consenso da lui prestato alla vendita: ***Si non auctor meus voluntate tua vendidit***; *d. l.* 14.

296. Il secondo caso in cui l' antico possessere di buona fede di una cosa della quale ha perduto il possesso, viene ammesso a rivendicarla mediante l' azione publiciana, eziandio contro lo stesso proprietario di questa cosa, è quando il proprietario è o quegli che gliel' aveva ven-

(1) *Furiosus*, nel linguaggio de' giureconsulti, si prende per *pazzo*.

duta o consegnata, o qualche altro che l'ha ricevuta da questo proprietario, siccome nel caso riferito da Ulpiano: Voi avete comprato da Tizio una cosa che non apparteneva a lui, ma a Sempronio; dopo la tradizione che Tizio ve ne ha fatta, Tizio ne è divenuto proprietario, come erede di Sempronio. Successivamente voi avete perduto il possesso di questo fondo. Tizio, che ve lo aveva venduto, se ne è indebitamente messo in possesso, e lo ha venduto a Mevio, nel quale ha trasferito il suo diritto di proprietà mediante la tradizione che gliene ha fatta. Ulpiano decide che voi siete autorizzato ad intentare la azione publiciana contro di Mevio, per rivendicare il fondo, senza ch'ei possa opporvi validamente il suo diritto di proprietà, conciossiachè Mevio avendo acquistato il fondo da Tizio, vostro autore, che ve lo aveva venduto e consegnato, Tizio non aveva potuto trasferire in lui un diritto di proprietà senonchè tal quale ei lo aveva; ora il diritto di proprietà che Tizio aveva, non lo era rispetto a voi che *quantum ad subtilitatem juris*: non era in faccia a voi un vero diritto di proprietà, ch'egli avesse potuto opporre validamente contro l'azione publiciana, che voi avevate diritto d'intentar contro di lui. Mevio, che non ha che lo stesso diritto che aveva Tizio, non può produrre una maggior eccezione: *Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat, isque tibi traditus fuerit pretio soluto; deinde Titius Sempronio haeres extiterit, et eumdem* (1) *fundum Mevio vendiderit et tradiderit: Julianus ait aequius esse Praetorem te tueri; quia etsi ipse Titius fundum a te peteret, exceptionem in fundum comparata, vel doli mali summoveretur; et si ipse eum possideret, et publiciana peteres, adversus excipientem, si non suus esset, replicatione uteris; at per hoc intelligeretur eum fundum rursum vendidisse quem in bonis non haberet*; *l.* 4, § 32, ff. *de dol. malo et except.*

297. L'equità può altresì in altri casi fare ammettere l'antico possessore di buona fede di una cosa, della quale ha perduto il possesso, a rivendicarla coll'azione publiciana, eziandio contro quegli che ne fosse posteriormente divenuto proprietario, come nel caso contemplato dalla legge 57. ff. *mand.*

§ 3. *Contro chi l'azione vendicatoria debba essere promossa.*

298. Il proprietario che ha perduto il possesso di una cosa, deve promuovere l'azione vendicatoria contro colui che ne trova in possesso.

La stessa azione può ella essere promossa anche contro colui che ne è in possesso a nome di un altro, o dovrà ella promuoversi soltanto contro quello che la possiede in suo nome? Ulpiano sopra siffatta quistione decide, contro il sentimento de' Proculejani, che l'azione vendicatoria si può esercitare contro tutti coloro che si trovano in possesso di una cosa, in qualsivoglia modo ed a qualunque titolo ciò sia, tanto in loro nome quanto a nome di un altro: *Pegasus ait ab eo apud quem deposita est vel commodata, vel qui eam conduxerit.. quia hi omnes non possident* (2), *vindicari non posse: puto autem ab omnibus qui tenent, et habent restituendi facultatem, peti posse*; *l.* 9, ff. *de rei vindic.*

Nel nostro diritto, quand'io trovo un uomo in possesso del mio fondo, non potendo sapere s'egli lo possiede in suo nome o come affittuale, l'istanza di rivendicazione che ho fatto contro di lui, è ben promossa. Ma quando sopra tale istanza egli ha dichiarato non esser egli in possesso del fondo che come fittajuolo del tale, io sono obbligato a citar colui dal quale ei tiene in fitto il fondo; egli però deve indicarmene il nome e la dimora. Conciossiachè la quistione sopra il dominio di proprietà della cosa rivendicata non possa trattarsi nè decidersi con questo fittajuolo, il qua-

(1) Del quale voi avevate perduto il possesso e di cui Tizio erasi dopo messo in possesso.

(2) Suo nomine sed sunt in possessione nomine ejus qui rem deposuit, aut commodavit; aut locavit ».

le non pretende aver questo dominio. Quindi essa non può essere discussa nè giudicata che in contraddittorio di colui che possiede il fondo per mezzo del suo conduttore, il quale, nella sua qualità di possessore del fondo, ne è riputato proprietario finchè l'attore che vuol rivendicarlo abbia giustificato il suo diritto.

Dopo che quegli dal quale il fittajuolo tiene il fondo, è stato chiamato in causa, e che è stato messo in istato e luogo del suo affittuale, questi, ch' era stato citato da prima, dev' esser posto fuori di causa.

La stessa cosa si deve osservare riguardo alle cose mobili; allorchè io trovo la mia cosa nelle mani di una persona, quantunque questa non la tenga che a titolo di deposito o di prestito, io posso però rivendicarla; ma ove questa abbia dichiarato chi è colui che gliel' ha affidata in deposito, o che gliel' ha prestata, io devo chiamar questo in causa, ed in contraddittorio di lui la mia azione dev' essere trattata e decisa.

299. Allorquando io ho perduto il possesso di un fondo del quale voi ed io siamo proprietarj in comune e per indiviso, ciascuno per metà; se voi ne siete in possesso in comune con Tizio che non vi ha alcun diritto, contro del solo Tizio io debbo promuovere la domanda di rivendicazione, non già contro di voi che lo possedete soltanto per quella parte che vi avete. Ma se voi foste venuto con Tizio ad una divisione di questo fondo e che in conseguenza di questa ne possedeste solo una certa porzione divisa, io posso intentar contro di voi l' azione rivendicatoria per la quota indivisa che io vi ho. La divisione da voi fatta con Tizio essendo un atto a me estraneo, non ha potuto spogliarmi della parte indivisa ch' io ho in tutto il fondo, ed in tutte le diverse parti delle quali è composto: *Si ex aequis partibus fundum mihi tecum communem, tu et Lucius Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum; nam tunc sine dubio et a te et a Titio partes fundi petere me debere. Quoties enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse*: *l.* 8, *ff. de rei vindic.*

300. La domanda di rivendicazione non dovendo nè potendo regolarmente procedere che contro colui che si trova in possesso della cosa rivendicata, se quegli contro cui la domanda è promossa, nega di possedere la cosa, ciò dà luogo ad un incidente per cui, dopo che il reo convenuto ha sostenuto ch' egli non possiede il fondo rivendicato, si permette all' attore di provare che il reo convenuto lo possiede; non provandolo, si assolve dalla domanda non puramente e semplicemente, ma in conseguenza del non posseder egli quel fondo; la quale sentenza non impedisce che non si possa di nuovo promuover l' istanza contro di lui *ex nova causa*, se viene in seguito a possederlo.

301. Quando il convenuto, sebbene non possedesse il fondo per la rivendicazione del quale veniva citato, abbia però contestata e sostenuta la lite, come se ne fosse realmente il possessore; se ciò fu per errore, credendo di esser citato per un fondo diverso da quello per cui venne citato, essendosi dopo scoperto l' errore, egli non deve esser condannato che nelle spese; ma se fosse provato averlo fatto per malizia, per impedire all' attore di conoscere il vero possessore, e di promuovere la domanda contro di lui, affinchè per tale mezzo il possessore potesse compiere il tempo della prescrizione; il reo convenuto dovrebbe essere in questo caso condannato al risarcimento dei danni, spese e interessi dell' attore, il quale con questa frode avrebbe perduta la proprietà del suo fondo per non aver potuto interrompere il tempo della prescrizione contro colui che lo possedeva.

302. Avvi questa differenza tra la azione di rivendicazione e le azioni personali, che queste promuovonsi contro gli eredi di quello che n' è tenuto, i quali eredi ne sono tenuti per quella parte per cui sono eredi; al contrario l' azione di rivendicazione

non può esser promossa contro l'erede del possessore, che quando questo erede possiede egli stesso la cosa rivendicata, e n' è tenuto, non per la parte per cui egli è erede del defunto possessore, ma per quella soltanto per cui è possessore della cosa rivendicata; di modo che se nella divisione fatta tra gli eredi del defunto possessore, la cosa rivendicata fosse intieramente toccata ad uno di essi, l' azione di rivendicazione procederebbe contro di lui per lo totale, e non procederebbe punto contro gli altri eredi che nulla ne possedessero.

La ragione della differenza è evidente: le azioni personali nascono da qualche obbligazione contratta da colui che ne è tenuto verso l' attore. Gli eredi di quello che ne è tenuto, succedendo in tutte le sue obbligazioni, ciascuno per la parte della quale è suo erede, ne segue ch' essi siano tenuti per questa parte alle azioni che nascono dalle predette obbligazioni. Al contrario, l' azione di rivendicazione non nascendo da alcuna obbligazione, che il possessore abbia contratta verso il proprietario della cosa che forma l' oggetto della sua domanda, ma soltanto dal possesso ch' egli ha di questa cosa, il di lui erede non dee soggiacere a questa azione, senonchè quando sia egli stesso possessore della cosa rivendicata, e per la sola parte che ne possiede.

303. Osservisi che sebbene quegli tra gli eredi, cui è toccata nella divisione la cosa che forma l' oggetto dell' azione rivendicatoria, soggiaccia egli solo a questa azione riguardo al proprietario di essa, ciò non di meno, siccome i suoi coeredi nella loro divisione hanno contratta verso di lui l' obbligazione di garentirgliela, allorchè il proprietario ha promossa contro di lui l' azione di rivendicazione, egli ha diritto di chiamare in causa i suoi coeredi, affinchè siano tenuti a difendersi insieme con esso lui da tale azione.

304. La nostra massima, che gli eredi del possessore della cosa che forma l' oggetto della domanda di rivendicazione, non soggiacciano alla azione rivendicatoria che in quanto son eglino stessi possessori della cosa, ha luogo riguardo agli eredi di un possessore di buona fede, il quale non era tenuto che a rilasciare la cosa che forma l' oggetto di questa azione. Diversamente accade riguardo agli eredi di un possessore di mala fede contro il quale il proprietario aveva diritto di chiedere non solo il rilascio della cosa, ma eziandio la restituzione de' frutti che ne avesse percetti, ed i danni e interessi derivanti dalle deteriorazioni da lui fattevi. Le domande accessorie all' azione di rivendicazione essendo delle domande che nascono dalle obbligazioni personali che questo possessore ha contratte di rendere i frutti da lui percetti d' una cosa che sapeva non appartenergli; i suoi eredi che, attesa la loro qualità, soggiacciono alle sue obbligazioni per quella parte per cui sono eredi, debbono essere tenuti, per la parte per la quale essi sono suoi eredi, alle domande accessorie per la restituzione de' frutti, e per le deteriorazioni che nascono dalle predette obbligazioni.

305. Per la stessa ragione, quando io ho introdotta la domanda di rivendicazione di una cosa contro un possessore di buona fede, se questi, dietro la mia istanza, e dopo avergli io data copia de' miei titoli di proprietà, ha contestato, ed è morto pendente la lite, quelli tra' suoi eredi che non succedettero nella cosa, e che non la posseggono, venendo citati per riassumer l' istanza, tuttochè non siano tenuti alla domanda di rilascio della cosa, sono però obbligati, per la parte per cui sono eredi, alle domande accessorie promosse contro questo possessore per la restituzione de' frutti da lui percetti, e pei guasti fatti dopo la domanda. Questa è la dottrina di Paolo: *Si in rem actum sit, quamvis haeres possessoris, si non possideat, absolvatur, tamen si quid ex persona defuncti commissum sit, omnimodo in damnationem veniet.*; *l.* 42, ff. *de rei vindic.*

La ragione è, che questo possessore di buona fede, contro cui è stata promossa la domanda di rivendicazione, avendo in virtù della copia che

attore gli ha data de' suoi titoli, acquistata la cognizione che la cosa apparteneva all' attore, incominciò da quel tempo a divenir possessore di mala fede, ed ha quindi contratta la obbligazione di restituire i frutti che ei percipesse dopo la domanda, e quella eziandio di conservare la cosa in buono stato, nelle quali obbligazioni tutti i di lui eredi succedono: *Post litem contestatam*, dice Ulpiano, *omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quin imo post controversiam motam..... coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur*; *l.* 25, § 7, ff. *de haered. petit.*

306. Tale azione promuovesi non solamente contro il possessore della cosa che ne forma l' oggetto, ma altresì può essere intentata contro colui che, per malizia, ha cessato di possederla per sottrarsi agli effetti di tale azione: *Is qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione*; *l.* 27, § 3, ff. *de rei vindic.*

Supponiamo, per esempio, che voi abbiate trovato sulla strada un anello prezioso cadutomi dal dito senza che io me ne fossi accorto; avendo saputo ch'esso si trovava presso di voi da qualche persona che lo aveva veduto e che lo conosceva benissimo, io mi proponeva di intentar contro di voi la domanda di rivendicazione; voi avendone avuta l' opportunità ed affin di sottrarvi a questa domanda, lo avete venduto ad un passeggiero incognito per la metà del suo valore. Io non debbo certamente esser privato della mia cosa per vostro dolo, ed escluso dal mio diritto di rivendicarla: perlochè mi si compete in tal caso contro di voi l' azione rivendicatoria, come se voi la possedeste ancora; nè potendo voi restituirmela, ho diritto di farvi condannare a pagarmene il giusto prezzo. Ciò è conforme a quella regola di diritto: *Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est*; *l.* 131, ff. *de reg. jur. Et parem esse conditionem oportet ejus, qui quid possideat, vel habeat, atque ejus, cujus dolo malo factum est quominus possideret, vel haberet*; *l.* 150, ff. *d. tit.*

ARTICOLO II.

Cosa debba osservare il proprietario prima di promuovere la domanda di rivendicazione; ciò ch' ei debba praticare promuovendola, e quale sia l' effetto della domanda pendente la lite.

307. Il proprietario di una cosa non dee ricorrere all' azione di rivendicazione, che quando egli ne ha perduto intieramente il possesso; se taluno lo molesta, può intentar contro di esso l' azione di turbato possesso, piuttosto che quella di rivendicazione; e parimente se gli fosse stato tolto con violenza il possesso, sarebbe del suo massimo interesse il valersi dell' azione possessoria, che chiamasi azione di reintegrazione, anzichè ricorrere alla domanda di rivendicazione. La ragione si è, che quando si viene al petitorio, è molto più vantaggioso l' esser possessore della cosa che forma l' oggetto della lite, che esser attore; poichè questi è obbligato a provare il suo diritto di proprietà, dovechè il possessore non ha nulla a provar dal suo lato; ed è sempre presunto e riputato proprietario finchè l' attore abbia pienamente provato e stabilito il suo diritto di proprietà.

Questo è pure il consiglio che dà Gajo: *Is qui destinavit rem petere, animadvertere debet an aliquo interdicto possit nancisci possessionem, quia longe commodius est ipsum possidere, et adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere*; *l.* 24, ff. *de rei vindic.*

308. Secondo il diritto romano, quegli che proponevasi d' intentare l' azione di rivendicazione per una cosa mobile, doveva intentar prima l' azione *ad exhibendum*, contro colui presso il quale si trovava la cosa, affin ch' ei fosse tenuto ad esibirla, e ad effetto che, presentata la cosa, l' attore potesse promuovere la sua azione di rivendicazione di questa cosa; ciò ch' ei faceva con quella formola, nell' atto di porre la mano sulla cosa rivendicata, *aio hanc rem meam esse.*

Nel diritto francese, l' azione *ad*

exhibendum non è in uso; lo Statuto di Orleans, *art.* 444, dice: ***Nel nostro foro l' azione ad esibire, e l' eccezione dei non contati danari, non hanno luogo.***

309. In vece di ciò, nel nostro diritto, almeno in parecchi Statuti, per pervenire alla rivendicazione de' mobili, si procede in via di sequestro (entiércement). Questo sequestro è un atto giudiziale per cui quegli che si pretende proprietario di una cosa mobile, la fa sequestrare per mezzo di un usciere o sergente, il quale la sequestra nelle mani di una terza persona. Quest' atto si fa nella forma degli altri sequestri.

310. Questa via di sequestro nelle mani di un terzo, per poter pervenire alla rivendicazione delle cose mobili, ci deriva dalle antiche leggi dei Ripuarj: noi leggiamo, al titolo 25, *de intertiare*, § 1: *Si quis rem suam cognoverit, mittat manum super eam, et sic illi super quam intertiatur, tertiam manum quaerat.*

Parecchi Statuti contengono delle disposizioni sopra il sequestro nelle mani di terze persone. Quello di Orleans, *art.* 454, dice: *La cosa mobile essendo a vista di occhio*, può essere sequestrata nelle mani del terzo, salvo l' altrui diritto.

311. Questi termini, *essendo a vista di occhio*, fanno conoscere che la disposizione di questo articolo, che permette all' attore, che vuol rivendicare una cosa mobile, di sequestrarla nelle mani di un terzo durante la lite, non ha luogo che a riguardo dei mobili corporali; non è così delle cose incorporali che si reputano mobili, come sono le rendite costituite presso quegli Statuti che le considerano mobili: l' attore che vuol rivendicare una rendita, anche secondo questi Statuti, non può farne sequestrare il godimento finchè dura la lite, potendo solo sequestrare il capitale, come lo diremo più abbasso.

312. Que' termini, *salvo l' altrui diritto*, s'intendono principalmente del diritto che compete a colui sopra il quale, e nelle cui mani la cosa è stata sequestrata, al quale, nel caso che quegli che la fece sequestrare non provasse che ella gli apparteneva, essa dev' essere restituita con risarcirgli tutti i danni e interessi, se in qualche modo ne avesse sofferti.

313 Alla fine di questo articolo è detto, ***ed in caso di opposizione i beni sequestrati rimarranno presso del giudice.***

Sopra l' opposizione formata al sequestro da quello ch' era in possesso della cosa, e presso il quale è stata sequestrata, egli deve ottenerne la liberazione provvisoria, e la cosa deve essergli restituita, purchè presti cauzione; e s' egli è solvibile, purchè si obblighi di presentar la cosa quando il giudice l' ordinerà.

La ragione si è, che il possesso che egli avea della cosa lo fa presumere proprietario almeno provvisoriamente, mentreche quegli che l' ha sequestrata non ha ancora provato il suo diritto di proprietà.

Lo scioglimento del sequestro che ottiene colui presso il quale e nelle cui mani fu fatto, non essendo che provvisionale, la cosa sequestrata non venendogli restituita, che a patto di presentarla ogni qual volta il giudice l' ordinerà, essa è sempre riputata restare sotto la mano della giustizia, sino alla decisione della lite, ed egli non può disporne: questo è il vero senso di quelle ultime parole dell' art. 454 da noi testè riferite.

314 Quando io ritrovi sopra una pubblica strada o in un mercato pubblico la cosa ch' io pretendo essere mia, posso farla sequestrare per mezzo di un usciere, senza aver d'uopo di alcuna permissione del giudice; ma quando taluno tiene nella sua casa una cosa ch' io pretendo appartenermi, non posso farla sequestrare in detta casa, senonchè in virtù di un permesso del giudice messo in calce della mia istanza: lo Statuto di Orleans ne contiene una disposizione nell'art. 455: « Nessuno può entrare, nè far entrare « usciere nè verun'altra persona in casa « altrui, per sequestrare e portarne via « le cose che in essa si trovano, senza autorizzazione del giudice ».

Lo Statuto intende ***per autorizzazione del giudice***, quell' ordinanza che il giudice mette a piè della istanza che gli viene presentata, mediante la quale egli permette il sequestro.

315. Quegli che ha fatto il sequestro dee citare davanti il giudice, o nello stesso atto di sequestro, o in un altro atto successivo, colui sopra il quale e nelle cui mani lo fa, per sentire ordinare che la cosa sequestrata verra restituita a colui che ha fatto il sequestro, come cosa a lui appartenente, a tenore delle offerte ch'ei fa di farla riconoscer per tale.

Se quegli presso il quale è stata sequestrata la cosa, non la tenesse che a nome di un altro, *puta* a titolo di deposito, o di prestito, o di locazione, o di pegno; in seguito della dichiarazione ch' egli dee fare della persona da cui l' avea ricevuta, quegli che ha fatto il sequestro la deve chiamare in causa; vedi *supra*, n. 298.

316. In qualunque modo sia stata introdotta l' istanza sopra il dominio della cosa sequestrata, sia a richiesta di quello che ha fatto il sequestro affinchè gli sia restituita come a lui appartenente, sia sopra la domanda di quello nelle cui mani è stato fatto il sequestro perchè questo venga sciolto; tocca sempre a colui, che ha fatto il sequestro, di documentare e provare il dominio ch' egli pretende avere sulla cosa sequestrata; in difetto, quegli presso il quale fu fatto il sequestro, senza ch' ei sia obbligato di fare per parte sua alcuna pruova, deve ottenere la liberazione dal sequestro insieme col risarcimento delle spese, danni ed interessi, se ne ha sofferti.

317. Siccome noi non abbiamo ordinariamente documenti scritti del diritto di proprietà che abbiamo sui nostri mobili, così a qualunque somma possa ammontare il valore della cosa sequestrata, colui che ha fatto il sequestro è ammesso a pruovare il dominio, che pretende avere sulla cosa sequestrata per mezzo di testimonj ai quali essa verrà presentata, e che la riconosceranno come cosa a lui appartenente: in conseguenza sopra la sua domanda il giudice pronuncia una sentenza, colla quale gli permette di far procedere alla ricognizione della cosa sequestrata per mezzo di testimonj a' quali essa sarà presentata, e che deporranno avere cognizione che quella cosa è di sua pertinenza, salvo all' altra parte, se vuole, di provare il contrario.

Questo riconoscimento si fa davanti il giudice che ne stende processo verbale.

Quando dal processo verbale di ricognizione pare che il dominio che l'attore pretende avere della cosa sequestrata, sia sufficientemente provato, il giudice ordina definitivamente che la cosa gli sia rilasciata come a lui appartenente.

318 Per una ragione, che è particolare alle cose mobili, l'attore per causa di rivendicazione può sequestrarle, perchè altrimenti il possessore potrebbe farle disparire, e quindi sottrarle alla rivendicazione. Perciò si pratica un'altra procedura per l' azione rivendicatoria degli stabili, come sono le case e i terreni; essa s' intenta con un semplice atto di domanda, con cui l' attore che si pretende proprietario di un fondo, cita colui che n' è possessore per sentirsi condannato a rilasciarglielo come cosa a lui appartenente.

L' attore deve in quest' atto, sotto pena di nullità, indicare la cosa che rivendica, sicchè la persona citata non possa ignorare per quale causa essa viene citata; e perciò l' Ordinanza del 1667, *tit.* 9, *art.* 3, vuole « che gli attori sieno tenuti a dichiarare nel primo lor atto il borgo, villaggio, o cascina, il luogo o la contrada ove è situato il fondo, la sua consistenza ed estensione, i suoi confinanti dal lato del settentrione, mezzodì, levante e occidente, la sua natura, il suo stato al tempo dell' atto di citazione; se le terre sieno coltivate, se sieno arative, boschi, vigneti, o di altra qualità, di modo che il convenuto non possa ignorare per qual fondo egli viene citato ».

Osservisi che, « se si tratta di un podere, basta indicarne il nome e la situazione; *art.* 4 ». Non è già necessario di specificare i pezzi di terra, e le varie dipendenze di cui esso è composto.

Se è una casa, i confinanti saranno indicati allo stesso modo.

319. Prima dell'Ordinanza del 1667, il convenuto poteva opporre, contro la domanda di rivendicazione, l' ec-

cezione che chiamavasi di *vues et montrées*, ad effetto che fosse determinato un luogo, giorno ed ora prefissa alle parti, per partire insieme da detto luogo, e trasportarsi sul luogo contenzioso, ove l'attore doveva mostrare e far vedere al convenuto i fondi ch' egli intendeva rivendicare. L' Ordinanza ha abrogata questa eccezione come inutile, perciocchè il fondo dev' essere indicato nell' atto di citazione in maniera da non potere sbagliare.

320. Dopo che il convenuto che dall' atto della domanda ha riconosciuto di possedere il fondo per cui venne citato, ha risposto alla domanda contro di lui promossa, la causa allora s' instruisce, e si decide dietro l'esame dei titoli e documenti rispettivi delle parti.

Allorchè quelli prodotti dall' attore non sono sufficienti a giustificare il dominio di proprietà, ch' egli pretende avere sul fondo rivendicato, il convenuto non ha bisogno di produrne alcuno.

321. Esso non deve essere spossessato pendente la lite; ma dee continuare a goder liberamente del fondo rivendicato finchè emani una sentenza definitiva dalla quale non siavi appello, che giudichi appartenere il fondo all' attore, e condanni il possessore a rilasciarglielo.

Se il possessore appella da questa sentenza, egli continua a possedere ed a godere liberamente del fondo sino alla sentenza definitiva.

Esso non è tenuto neppure, durante la lite, di prestare cauzione, nè tampoco di fare alcun obbligo rapporto a' frutti che perciperà in pendenza della causa, e che potesse essere condannato a restituire nel caso che l' attore conseguisse l' oggetto della sua azione.

L' attore può solamente, durante la lite, impedire che il possessore faccia alcun guasto al fondo rivendicato; per esempio, se il possessore, in pendenza della causa, volesse atterrare delle piante di alto fusto, o demolire qualche edifizio, l' attore può ottenere sentenza che proibisca al possessore di continuare, e permetta a lui di sequestrare ciò che fosse stato già tagliato.

322. Quando taluno vuole intentare l' azione rivendicatoria di una rendita ch' egli pretende appartenergli, e della quale un altro è in possesso, e ne riscuote dai debitori le annualità, codesta azione deve intentarsi con un semplice atto di citazione, in cui l' attore dee indicare la rendita ch'egli rivendica, la sua somma annuale, come pure i nomi e le qualità delle persone che ne sono debitrici.

Il possessore della rendita contro cui la domanda di rivendicazione è stata promossa, dee continuare, pendente la lite, a goderne e riceverne le annualità; l'attore può solo sequestrare il capitale sopra il debitore della rendita, ad effetto che questi non ne possa fare il riscatto al possessore, senonchè dopo avervi chiamato l' attore, ed a condizione che i denari del riscatto restino, pendente la lite, sequestrati nelle mani del notajo che riceverà l'atto di redenzione. La rendita che formava l' oggetto della domanda di rivendicazione, essendo in virtù del riscatto convertita ne' denari del riscatto, questi danari che sono mobili corporali, e che divennero l' oggetto della domanda di rivendicazione, sono soggetti al sequestro, come lo sono tutti i mobili corporali, allorchè vengono rivendicati.

Se vi fosse apparenza che la lite dovesse durare lungo tempo, il possessore potrebbe essere ammesso a domandare, che i danari della redenzione gli fossero rilasciati, prestando un' idonea cauzione di riportare la somma nel caso che l'attore ottenesse l' intento nella sua istanza di rivendicazione.

ARTICOLO III.

Quando l' attore in causa di rivendicazione di un fondo o di una rendita sia riputato avere documentato il suo diritto di proprietà, ad effetto di ottenere il suo intento.

323. L' attore, affinchè possa ottenere il suo intento, è obbligato ad appoggiare la sua istanza a qualche documento, che comprovi la sua proprietà del fondo o della rendita che reclama.

Chiamasi titolo di proprietà quello la cui natura sia tale da far passare da una persona in un'altra la proprietà di una cosa, *causae idoneae ad transferendum dominium*. Per esempio, un contratto di vendita del fondo o della rendita rivendicata, fatto all'autore o a quello del quale egli prova essere successore, prima che il possessore, contro cui la domanda è promossa, avesse incominciato a possedere la cosa, è un documento che può servir di pruova alla domanda dell'attore.

Dicasi lo stesso di un contratto di permuta, di enfiteusi, o di donazione; lo stesso di un atto con cui la cosa rivendicata fosse stata data in pagamento all'attore o al di lui autore; lo stesso altresì di un atto per cui l'attore o il suo autore fosse stato messo in possesso di un legato, che gli fosse stato fatto di questa cosa.

Un atto di divisione, da cui apparisse che la cosa rivendicata fosse toccata all'attore a causa di successione di qualche suo parente, è anch'esso un documento che può servir di fondamento alla sua domanda.

324. Allorchè il possessore contro il quale la domanda è promossa, prova che il suo possesso è anteriore al titolo che io produco per fondare la mia domanda di rivendicazione, sebbene ei non produca d'altronde verun documento, questo titolo che io produco non basta da se solo a fondare la mia domanda, a meno che io non ne produca altri più antichi atti a provare, che quegli il quale, in virtù del contratto che io produco, mi ha venduto o donato il fondo che forma l'oggetto della domanda di rivendicazione, n'era effettivamente proprietario, perchè io non posso formarmi un titolo facendomi fare una vendita, o una donazione di un fondo, che voi possedete, da una persona che non lo possiede; voi, per la vostra sola qualità di possessore, siete presunto essere il proprietario del fondo, piuttosto che quegli che me lo ha venduto, che non lo possedeva, ed il cui diritto non si può in verun modo provare.

Ma quando il titolo che l'attore produce, è anteriore al possesso di quello contro cui la domanda è promossa, il quale dal suo lato non ne produce alcuno, questo titolo basta da se solo a fondare la sua domanda. Quegli che in forza di questo titolo ha venduto o donato all'attore o all'autore di lui il fondo rivendicato, è bastantemente presunto esserne stato il possessore ed il proprietario, ed avergliene fatto passare il possesso e la proprietà.

325. Quand'anche fosse provato che quegli il quale, in virtù del titolo che io produco, mi ha venduto o donato il fondo che io rivendico non ne fosse stato il proprietario, se io l'ho acquistato di buona fede, avendo avuto motivo di credere che quegli che mi vendeva o donava il fondo, di cui lo vedeva in possesso, ne fosse il proprietario, questo titolo sarà sufficiente da se solo a fondare la mia domanda di rivendicazione contro il possessore, che non produce dal suo lato verun titolo. Egli è vero che io non sono veramente il proprietario della cosa che rivendico, non avendo colui che me l'ha venduta o donata potuto trasferire in me un diritto di proprietà, che non aveva egli stesso, e che in conseguenza io non posso avere *actionem in rem directam*; ma ho *actionem in rem utilem, seu publicanam*, che quegli che ha perduto il possesso di una cosa, che possedeva di buona fede, ha contro colui che senza titolo se ne trova in possesso, come lo abbiamo veduto *supra*, n. 292.

326. Quando il rivendicante ed il possessore contro cui l'azione è promossa producono ciascuno un documento rispettivo di acquisto, distinguasi, se hanno acquistato entrambi dalla stessa persona, o acquistarono da diverse persone.

Nel primo caso, allorchè l'attore ed il convenuto producono ambedue un documento rispettivo di acquisto del fondo, che fecero entrambi dalla stessa persona, ancorchè non fosse provato che questa persona, dalla quale sì l'uno che l'altro pretende avere acquistato il fondo, ne fosse stata la proprietaria, si presumerebbe sempre esserlo stata; e quegli che primo è stato da lei messo in possesso del fondo, che forma l'oggetto dell'azione

rivendicatoria, devesi riputare avere acquistato da essa la proprietà del fondo, ed ottenerne il possesso: *Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus quis magis publiciana uti possit; utrum is cui priori res tradita est, an is qui tantum emit? Et Julianus, lib. 7, Digestorum, scripsit, ut si quidem ab eodem non domina emerint, potior sit cui priori res tradita est*; *l.* 9, § 4, ff. *de publ. in rem act.*

327 Nel secondo caso, allorchè tanto l'attore che il reo convenuto producono il rispettivo loro documento di acquisto, che fecero da differenti persone, senza che l'uno possa provar più dell'altro, che la persona dalla quale ha acquistato fosse realmente il proprietario del fondo, i Proculejani pensano, eziandio in questo caso, che si dovrebbe parimente preferir quello che avesse il titolo più antico, e fosse stato messo pel primo in possesso del fondo, come lo apprendiamo dallo stesso Nerazio che era di questa scuola: *Uterque nostrum eamdem rem emit a non domino. . . sive ab eodem emimus, sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior jus ejus apprehendit, hoc est cui primum tradita est*; *l.* 31, § *fin. ff. de act empt.*

L'opinione contraria de' Sabiniani, i quali decidono in questo caso per colui che si trova in possesso del fondo, ha prevalso. Questo è ciò che noi apprendiamo dalla surriferita legge 9, § 4, ff. *de publ. in rem act.*, dove Ulpiano riporta il sentimento di Giuliano: *Si ab eodem non domino emerint, potior cui priori res tradita est; si a diversis non dominis, melior causa possidentis;* ed Ulpiano aggiunge: *Quae sententia vera est.* Cotesta decisione è fondata su questa regola: *In pari causa, causa melior possidentis.*

ARTICOLO IV.

Del rilascio che deve esser fatto della cosa rivendicata all'attore, quando è stata ammessa la sua dimanda.

§ 1. *Come, dove e quando si faccia il rilascio della cosa rivendicata allo attore, la cui dimanda sia stata ammessa.*

328. Allorchè la cosa che forma l'oggetto della domanda di rivendicazione è un mobile corporale, il quale è stato sequestrato e si trova ancora nelle mani del sequestratario al tempo della sentenza definitiva, l'attore può ritirarla dalle mani del sequestratario, in esecuzione della sentenza che glielo permette come a lui appartenente.

Ritirandola, deve egli stesso, o un suo procuratore per lui, rilasciare una quitanza al sequestratario, e pagargli le spese della custodia avendo questi il diritto di ritenere la cosa, *veluti quodam jure pignoris,* pel rimborso delle predette spese, salvo all'attore il suo regresso, se occorre, contro il reo convenuto per la ripetizione delle spese, ch'egli fosse stato obbligato a rimborsare al sequestratario.

Il convenuto non è soggetto a questa ripetizione, senonchè quando egli è o possessore di mala fede, o quando è stato costituito in mora di consentire alla restituzione della cosa, dopo che l'attore l'ha fatta riconoscere per cosa di sua pertinenza.

Se il reo convenuto si è appellato della sentenza, ed ha denunziato lo appello al sequestratario, questi non può più consegnarla fino a che la sentenza non sia stata confermata; poichè l'appellazione ne sospende la esecuzione.

Quando la sentenza è stata pronunciata in contumacia, l'attore, per potere in esecuzione della medesima ritirare la cosa dalle mani del sequestratario, deve preliminarmente notificare la sentenza al reo convenuto contro il quale la ottenne, e denunciare al sequestratario questa sentenza, e la notificazione da lui fattane al reo convenuto.

Se prima che il sequestratario, in esecuzione di questa denuncia, avesse consegnata la cosa all'attore, il convenuto gli denunciasse una opposizione ch'ei forma contro la sen-

tenza, egli non potrebbe più farne la consegna finchè non fosse stato deciso sull' opposizione.

329. Allorchè la cosa rivendicata trovasi nelle mani del convenuto contro il quale la sentenza è stata emanata, egli deve restituirla nel luogo dov' essa si trova; l' attore, a cui la si deve restituire, deve ivi mandare a cercarla, ed è a sue spese che essa deve essere trasportata nella sua casa, o in cotal altro luogo che ei crederà conveniente di farla trasportare.

Nulladimeno, se dopo la domanda il reo convenuto avesse trasportata la cosa rivendicata in un altro luogo più remoto di quello ove essa trovavasi, egli deve restituirla nel luogo in cui l' ha trovata, facendola ricondurre a sue spese. Così insegna il giureconsulto Paolo: *Si res mobilis petita sit, ubi restitui debeat, scilicet si praesens non sit? Et non malum est, si bonae fidei possessor sit is cum quo agitur, aut ibi restitui ubi res sit, aut ubi agitur, sed sumptibus petitoris*; *l.* 10, ff. *de rei vindic. Si vero malae fidei sit possessor qui in alio loco eam rem nactus sit, idem statui debet* (*scilicet ut eam restituere non teneatur nisi in eo loco ubi est*): *si vero ab eo loco ubi lis contestata est, eam subtractam alio transtulerit, illic restituere debet unde substraxerit, sumptibus suis*; *l.* 12, ff. *d. tit.*

330. Se ciò che forma l' oggetto dell' azione di rivendicazione è un podere, il convenuto, che fu condannato a rilasciarlo all' attore, soddisfa alla sentenza col lasciarlo vacante, cosicchè l' attore possa mettersene in possesso quando gli aggrada, e se vi è una casa, consegnandogliene le chiavi.

Il reo convenuto, che è stato condannato a rilasciare un fondo o altra cosa sopra una domanda di rivendicazione, non è tenuto che a rilasciar quelle cose che ne formano parte: riguardo a quelle che, senza formarne parte, servono soltanto alla sua coltivazione, egli non è obbligato a consegnarle ove esse non siano nominatamente comprese nella domanda di rivendicazione e nella sentenza intervenuta sopra questa domanda. Conformemente a questo principio Ulpiano diceva: *Armamenta navis singula erunt vindicanda, scapha quoque separatim vindicabitur*; *l.* 3, § 1, ff. *de rei vindic.*

Sopra quelle cose che si considerano fare o non far parte d' un fondo, vedi il nostro Trattato della Comunione.

Allorchè il reo convenuto ha dei mobili nella casa rivendicata, che è condannato a rilasciare, se gli deve accordare un termine per farne lo sgombramento: questo termine è lasciato all' arbitrio del giudice.

331. Quando l' oggetto rivendicato è una rendita dovuta da un terzo, la sentenza che condanna il reo convenuto a rilasciarla all' attore senza restituzione delle annualità scadute, può eseguirsi senza che vi intervenga alcun fatto per parte del reo convenuto contro il quale essa è stata pronunciata, mediante la notificazione della sentenza che l' attore farà al debitore della rendita con intimazione di non più pagare d' ora in avanti ad altri che a lui.

Nondimeno se il reo convenuto, contro il quale è stata pronunciata la sentenza, ritenesse dei documenti concernenti la rendita rivendicata, sarebbe obbligato a consegnarli all' attore.

§ 2. *In quale stato debba restituirsi la cosa rivendicata.*

332. Devesi intorno a ciò fare una distinzione fra il possessore di buona fede, e quello di mala fede.

Quando il possessore contro cui è stata promossa la domanda, era un possessore di mala fede, egli deve restituire la cosa in buono stato come era allorquando se ne è messo indebitamente in possesso; egli è tenuto a tutti i danni e interessi risultanti da' guasti che vi fossero stati fatti dappoi: la ragione è, che qualunque possessore di mala fede contrae, in virtù della cognizione che egli ha che la cosa non gli appartiene, l' obbligo di restituirla alla persona cui essa appartiene, o presentemente se la conosce, o tostochè ei giunge a conoscerla; il qual obbligo nasce da quel grande precetto del Decalogo:

non ritenere la roba degli altri: ogni obbligazione di dare o restituire una cosa comprende l'obbligazione accessoria che il debitore contrae di conservar questa cosa in buono stato, e di non deteriorarla per poter liberarsi dalla sua obbligazione.

L'erede o altro successore universale del possessore di mala fede, ancorchè credesse di buona fede che la cosa gli appartenga, è tenuto ai danni e interessi derivanti da' guasti provenuti dal fatto o dalla colpa, sia del defunto sia di lui; imperciocchè come erede o successore universale del defunto, egli è succeduto all'obbligazione contratta da questo di conservare la cosa in buono stato, e di non deteriorarla: il suo possesso non essendo altra cosa che la continuazione del possesso del defunto, ne ha tutti i vizj.

333 Riguardo al possessore di buona fede, egli non è tenuto a' guasti che avesse potuto far nella cosa che forma l'oggetto della rivendicazione, finchè ha durato la sua buona fede, purchè però non ne avesse tratto profitto, come sarebbe se avesse tagliati degli alberi di alto fusto nel fondo rivendicato de' quali avesse ricevuto il prezzo; non v'ha dubbio che in questo caso egli debba restituire al rivendicante il prezzo che ne ha ricavato, non permettendo l'equità che veruno possa profittare del prezzo della cosa altrui, a spese del proprietario.

Rapporto a tutte le deteriorazioni di cui non ha profittato il possessore di buona fede, contro cui è stata promossa la domanda di rivendicazione, e che sono state fatte durante la buona fede di tal possessore e prima della domanda, questi non ne è in alcun modo tenuto; ma è tenuto a tutte quelle che dopo la domanda provennero da di lui fatto o colpa; perciocchè in virtù della domanda colla quale l'attore gli dà copia de' suoi documenti di proprietà, egli cessa di esser possessore di buona fede, e contrae l'obbligo di restituire la cosa nel caso che venga deciso appartenere all'attore, e per conseguenza quello di conservarla in buono stato, e di non deteriorarla, che n'è accessorio. Secondo queste distinzioni devesi intendere ciò che dice Ulpiano: *Si deterior res facta sit, rationem judex habere debebit*; *l.* 13, *ff. de rei vindic.*

ARTICOLO V.

Della restituzione de' frutti de' quali il reo convenuto deve render conto all'attore, che ha giustificato il suo diritto di proprietà sulla cosa rivendicata.

Noi vedremo nel primo paragrafo riguardo a quali cose siavi luogo alla restituzione de' frutti nell'azione di rivendicazione; nel secondo, vedremo dopo qual periodo di tempo il possessore di mala fede debba rendere conto all'attore, e di quali frutti. Vedremo, nel terzo paragrafo, dopo qual tempo il possessore di buona fede sia obbligato a restituire i frutti. Vedremo finalmente, nel quarto, quali siano i principj del diritto francese sulla restituzione de' frutti.

§ 1. *Riguardo a quali cose siavi luogo alla restituzione de' frutti nell' azione di rivendicazione.*

334. Avvi luogo alla restituzione de' frutti nell'azione di rivendicazione, sia che si rivendichi un fondo o altro immobile, sia che si rivendichi un mobile, non solamente quand'è una cosa fruttifera che produce frutti naturali, com'è una vacca, una mandra di pecore, ec.; ma eziandio quando è una cosa che non può produrre che dei frutti civili come sarebbe un bastimento: *Si navis a malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi sunt; ut in taberna et area quae locari solent*; *l.* 62, *ff. de rei vindic.* In generale basta che lo attore abbia potuto ricavare dalla sua cosa qualche utilità valutabile a prezzo di denaro di cui il possessore lo abbia privato ritenendosela ingiustamente.

Se l'oggetto della domanda di rivendicazione fosse la nuda proprietà di una cosa, non vi sarebbe a fare alcuna restituzione di frutti, senonchè dopo ch'essa fosse divenuta proprietà piena in forza dell'estinzione del-

lo usufrutto accaduta posteriormente alla domanda: *Videamus*, ci dice Gajo, *an in omnibus rebus petitis in fructus quoque condemnetur possessor. Quid enim si argentum, aut vestimentum, aut aliam similem rem? Quid praeterea si usumfructum aut nudam proprietatem, quum alienus ususfructus sit, petierit? Neque enim nudae proprietatis, quòd ad proprietatis nomen attinet, fructus ullus intelligi potest: neque ususfructus rursus fructus* (1) *eleganter computabitur; quid igitur si nuda proprietas petita sit? Ex quo perdiderit fructuarius usumfructum, aestimabuntur in petitione fructus. Item si ususfructus petitus sit* (2). *Proculus ait, in fructus perceptos condemnari. Praeterea Gallus AElius putat, si vestimenta aut scyphus petita sint, in fructu haec numeranda esse, quod, locata ea re, mercedis nomine capi potuerit*; *l.* 19, ff. *de usur*.

Ciò che è detto in fine di questo testo, cioè che sulla domanda di rivendicazione di una tazza o di un abito, il possessore fosse condannato a render conto de' fitti che si avessero potuto ricavare da tali cose, sembrami doversi limitare al caso in cui il rivendicante fosse un uomo il quale facesse professione di dare a nolo consimili cose.

Papiniano c'insegna pure esservi luogo alla restituzione de' frutti nelle domande di rivendicazione, anche quando la cosa rivendicata è di natura da non produrre alcun frutto naturale, e bastare ch'essa ne produca de' civili per l'uso che se ne fa: *Quum in rem agitur*, egli dice, *eorum quoque nomine quae usui non fructui sunt, restitui fructus certum est*; *l.* 64, ff. *de rei vindic.*

§ 2. *Da qual tempo il possessore di mala fede sia tenuto a render conto de' frutti, e di quali frutti.*

335. Il possessore di mala fede è tenuto a render conto di tutti i frutti della cosa rivendicata ch'egli ha percetti; non solo di quelli che ha percetti dopo la domanda, ma di tutti quelli eziandio che egli ha percetti dopo il suo ingiusto possesso: *Certum est malae fidei possessorem omnes fructus solere praestare cum ipsa re*; *l.* 22, *Cod. de rei vindic.*

Anzi egli è obbligato a render conto anche di quelli che provengono dalle seminagioni e colture da lui fatte nelle terre rivendicate, salva la deduzione che devesi fare sul prezzo di detti frutti, delle sue sementi e dei suoi lavori.

La ragione si è, che tutti i frutti che la terra produce sono suoi accessorj, i quali, appena percetti, sono acquistati, *jure accessionis*, dal proprietario delle suddette terre, come lo abbiamo veduto *supra*, n. 151, anzichè a quello che le ha seminate e coltivate; indi ebbe origine quella massima: *Omnis fructus non jure seminis, sed jure soli percipitur*; *l.* 25, ff. *de usur*.

Il possessore è tenuto a render conto non solo de' frutti nati dalla cosa stessa, che chiamansi *frutti naturali*; ma altresì de' frutti civili, come lo abbiamo veduto nel paragrafo precedente.

336. Il possessore di mala fede è tenuto a render conto non solo dei frutti ch'egli ha percetti, ma eziandio di quelli che non ha percetti, ma che l'attore avrebbe però percetti, se gli fosse stata restituita la cosa: *Generaliter*, dice Papiniano, *quum de fructibus aestimandis quaeritur, constat adverti debere, non an malae fidei possessor fruitus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset*; *l.* 62, § 1, ff. *de rei vindic.* La ragione è, che il possessore di mala fede contrae in virtù della cognizione che egli ha, che la cosa non gli appartiene, l'obbligo di restituirla al proprietario; mancando a ciò, egli è tenuto ai danni e interessi risultanti dalla sua obbligazione, ne' quali sono compresi i frutti della cosa che il proprietario non ha percetti.

L'erede o altro successore universale del possessore di mala fede, ancorchè avesse creduto di buona fede

(1) Proprie enim, non fructus ipsius juris ususfructus, sed rei cujus quis usumfructum abet fructus sunt.

(2) Actione in rem confessoria.

che la cosa gli appartenesse, è tenuto a render conto di tutti i frutti percetti dopo l'indebito possesso del defunto cui è succeduto, come ne sarebbe tenuto lo stesso defunto se ancora vivesse, perciocchè nella sua qualità di erede egli è succeduto in tutte queste obbligazioni, e il suo possesso non è che una continuazione di quello del defunto, e ne ha tutti i vizj, come lo abbiamo già osservato nell' articolo precedente.

§ 3. *Quando il possessore di buona fede sia tenuto a pagare i frutti, e quali frutti.*

337. Secondo i principj del diritto romano, il possessore di buona fede non è soggetto alla restituzione dei frutti da lui percetti prima della contestazione della lite, eccetto però quelli che si trovassero allora esistenti in natura; ma è tenuto a tutti i frutti dopo la contestazione della lite, egualmente che il possessore di mala fede: *Certum est malae fidei possessores omnes fructus praestare; bonae fidei vero, extantes post litis contestationem universos; l.* 22, *Cod. de rei vindic.*

La ragione della differenza tra il possessore di buona fede e quello di mala fede, per rapporto a' frutti percetti per tutto il tempo del loro possesso, che ha preceduto la contestazione della lite, e che sono stati consumati, nè si ritrovano esistenti presso il possessore ed in natura, è evidente; il possessore di mala fede sapendo che la cosa non gli appartiene, sa del pari che i frutti che ne percipe non sono suoi; ed in virtù di questa scienza che ha, egli contrae l' obbligazione di restituirli al proprietario della cosa cui essi appartengono; la quale obbligazione nasce da quel gran principio della legge naturale: *Non riterrai l' altrui roba*; egli non può, consumando questi frutti, liberarsi dall' obbligo, che ha contratto, di restituirli e renderne conto al proprietario.

All' incontro il possessore di buona fede avendo la cosa in virtù di un giusto titolo, ha un giusto motivo di credere che essa gli appartenga, e non contrae punto verso il proprietario l' obbligazione di restituirgliela nè restituirgliene i frutti; cotesta obbligazione non essendo contratta che in forza della cognizione che si ha che la cosa non ci appartiene. Quando dunque il proprietario comparisce, e gli fa conoscere colla contestazione della lite il suo diritto di proprietà, da questo giorno soltanto il possessore contrae l' obbligazione di restituire le cose ch' ei possiede e che appartengono a questo proprietario; non può dunque essere obbligato a restituirgli altro che la cosa rivendicata, ed i frutti che ne ha percetti e che trovansi ancora esistere in natura presso di sè.

Riguardo a' frutti percetti prima della contestazione della lite, e da lui consumati, o de' quali ha disposto mentre durava la buona fede del suo possesso, avendoli per conseguenza in buona fede consumati prima che avesse potuto contrarre alcun obbligo di restituirli, non può esserne in verun modo tenuto verso l' attore. La qualità di possessor di buona fede che aveva, facendolo riputare proprietario della cosa finchè il vero possessore si desse a conoscere, gli dava, per rapporto alla cosa che possedeva di buona fede, gli stessi diritti che ha un proprietario: *Bona fides tantumdem possidenti praestat quantum veritas*; *l.* 136, *ff. de reg. jur.*; e per conseguenza il diritto di percipere a suo vantaggio i frutti della cosa da lui posseduta in buona fede, di consumarli e di disporne come se ne fosse il vero proprietario; laonde diceva benissimo Giustiniano, al titolo delle Istituzioni *de rer. divis.* § 35: *Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qualibet justa causa, aequi bona fide acceperit, naturali ratione placet fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura, et ideo, si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest.*

Osservisi che ciò che disse Giustiniano riguardo a' frutti che il possessore di buona fede percipe, essere a lui acquisiti *pro cultura et cura*, lo disse *enunciative*, giacchè ordina-

riamente i frutti sono la ricompensa delle cure e de' lavori che il proprietario o il possessore di buona fede sostiene per la cultura de' fondi; ma ciò non devesi intendere *restrictive*, ad effetto di circoscrivere *ai soli frutti industriali*, per la cui produzione vi è bisogno di cultura, il diritto che la buona fede dà al possessore di percipere i frutti a suo proprio vantaggio; mentre al contrario è costante che la buona fede dà questo diritto per tutti i frutti, tanto pe' naturali che la terra produce senza veruna cultura, quanto per gl'industriali che esigono il fatto dell'uomo. Questo è ciò che ci insegna Paolo: *Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus ex aliena re, suos* INTERIM *facit, non tantum eos qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini pene est*; *l.* 48, ff. *de acq. rer. dom.*

338. Si osservino questi termini della legge, *fructus* INTERIM *suos facit*; il diritto che la buona fede dà al possessore di percipere a suo vantaggio i frutti del fondo, deriva soltanto da che essa lo fa riputare proprietario del fondo. Quindi siccome essa non lo fa riputar tale che sino a che il vero proprietario si presenti, così non può dargli il diritto di perciperne a suo vantaggio i frutti, che fino alla comparsa di detto proprietario, il quale giustifichi il suo diritto di proprietà. Laonde il dominio dei frutti che la buona fede gli fa acquistare, non può essere che un dominio soggetto a risolversi, e che si risolve di fatti ogni qualvolta il vero proprietario della cosa comparisca e la rivendichi.

Questa è la ragione per cui, come lo abbiamo già detto, il possessore di buona fede, secondo il diritto romano, deve rendere al rivendicante i frutti ch' egli ha percetti, tuttochè prima della domanda, quando si trovino esistere in natura presso di lui; avvegnachè il dominio di questi frutti, cui la buona fede gli aveva fatto acquistare, si risolva in tal caso per la rivendicazione del vero proprietario.

339. Il dominio de' frutti che la buona fede fa acquistare al possessore, non cessa di esser soggetto a risoluzione, toltine i seguenti due casi:

Il primo è quando egli gli ha consumati: conciossiachè il dominio di questi frutti estinguendosi allora con essi, non può più esser soggetto a risolversi, poichè ciò che più non esiste non può più risolversi; per la quale cosa fu detto più sopra, che il possessore di buona fede non era tenuto a restituire i frutti da lui consumati avanti la lite, mentre durava la sua buona fede: *Bonae fidei possessor de fructibus consumptis non tenetur.*

Il secondo caso, nel quale il dominio de' frutti che la buona fede fa acquistare al possessore cessa di essere risolubile, è quando il possesso che egli ebbe di questi frutti dalla loro percezione sino alla scadenza del tempo richiesto per l' usucapione delle cose mobili, gli ha fatto acquistare prima della lite, per diritto di usucapione, il dominio perfetto e irrevocabile di detti frutti. Il possessore di buona fede in tal caso, quantunque non abbia presso di sè questi frutti in natura, non è tenuto a restituirli al proprietario.

340. Ciò che abbiamo detto poc'anzi, cioè che il possessore di buona fede non è tenuto a restituire i frutti di buona fede percetti e consumati prima della lite, non ha luogo che quando egli gli ha percetti e consumati durante la sua buona fede; ma tostochè seppe, benchè molto prima della domanda di rivendicazione, che la cosa da lui posseduta apparteneva ad altri, egli non può, dal momento di tal cognizione, perciperne a proprio vantaggio i frutti, nè esimersi dalla restituzione di quelli che tiene presso di sè, consumandoli.

L' obbligo ch' egli contrae, in virtù di questa cognizione, di restituire la cosa insieme co' frutti che esistono in natura presso di lui, vi forma ostacolo. In ciò il diritto che la buona fede dà al possessore di percipere a suo vantaggio i frutti, è diverso dal diritto di usucapione, che, giusta i principj del diritto romano, non era sospeso dalla mala fede sopraggiunta prima del compimento del tempo dell'usucapione. Ecco ciò che c' insegna Paolo: *Si eo tempore quo res mihi traditur, putem vendentis esse, deinde cognovero alienam esse, quia perseverat per longum tempus capio, an*

fructus meos faciam ? Pomponius : …endum ne non sit bonae fidei pos…sor, quamvis capiat: hoc enim ad …est, capionem, illud ad factum …ere, ut si quis bona aut mala fide …deat : nec contrarium est quod …um tempus currit : nam e con…io, is qui non potest capere propter rei (1) *vitium, fructus suos facit*; *l.* 48, § 1, ff. *de acq. rer. dom.*

Questi ultimi termini della legge ci fanno osservare un' altra differenza tra il diritto che la buona fede dà al possessore di una cosa, di perciperne i frutti a suo vantaggio, e il diritto di usucapione; il possessore di buona fede non ha il diritto di usucapione, riguardo a parecchie cose di cui la legge proibisce l' usucapione; ma la di lui buona fede non lascia di dargli il diritto di perciperne a suo vantaggio i frutti.

Ciò che ora abbiamo detto, appoggiati al parere di Paolo e di Pomponio sulla legge 48, § 1, testè da noi riferita, cioè che il possessore di buona fede di una cosa, a cui sopraggiungesse la cognizione che detta cosa non gli appartiene, non potrebbe più perciperne a suo vantaggio i frutti, sembra contrario a ciò che disse Giuliano nella legge 25, § 2, ff. *de usur. Bonae fidei emptor sevit, et antequam fructus perciperet, cognovit fundum alienum esse; an perceptione fructus suos faciat quaeritur? Respondit, bonae fidei emptor quod ad percipiendos fructus intelligi debet, quandiu evictus fundus non fuerit.*

Si possono conciliare queste leggi dicendo, che la legge 25, § 2, riguarda il caso in cui il proprietario avesse lasciato compiere il tempo dell' usucapione, senza evincere il possessore; in tale caso, questo proprietario avendo, giusta i principj del diritto romano, perduto il suo diritto di proprietà, e non essendo più ammissibile nella sua azione di rivendicazione, non può in conseguenza domandarne più i frutti. Al contrario, la legge 48, § 1, riguarda il caso in cui il proprietario ha intentata l' azione di rivendicazione a tempo, cioè prima che compiasi il tempo richiesto per l' usucapione: in questo caso il possessore, che viene condannato sopra tale azione a rilasciargli la cosa, dev' esser condannato a restituire i frutti percetti o consumati dopo che ebbe cognizione che la cosa non gli apparteneva.

Ci resta ad osservare che quando il possessore della cosa che si vuol rivendicare, l' ha acquistata in virtù di un giusto titolo ch' ei produce, presumesi aver egli creduto di buona fede, che il di lui autore da cui l' ha acquistata ne fosse proprietario ed avesse diritto di alienarla; e questa buona fede è presunta aver sempre esistito sino alla contestazione della lite, finchè il rivendicante non provi il contrario.

§ 4. *Quali siano i principj del diritto francese sulla restituzione dei frutti nelle domande di rivendicazione.*

341. I principj del diritto francese sulla restituzione de' frutti nelle domande di rivendicazione, sono, riguardo al possessore di mala fede, gli stessi di quelli del diritto romano, come gli abbiamo esposti nel § 2.

Riguardo al possessore di buona fede, egli non è tenuto ad alcuna collazione de' frutti da lui percetti sino al giorno dell' azione promossa contro di lui. Io non iscorgo neppure che secondo il diritto francese, in ciò differente dal diritto romano, l' attore sia ammesso a pretendere i frutti che si trovassero esistere in natura presso del possessore al tempo della domanda, ove questi siano stati percetti prima della domanda.

Ma in virtù della domanda promossa contro il possessore di buona fede mediante una citazione, in testa della quale l' attore gli dà copia dei suoi titoli di proprietà, e che produce in conseguenza nel diritto francese il medesimo effetto che a questo riguardo produceva nel diritto romano la contestazione della lite, egli cessa di esser riputato possessore di buona fede, riputandosi che sia istruito del diritto dell' attore dalla copia de' suoi titoli, che questi gli ha notificato colla predetta citazione. Ol-

(1) Quamvis ipse bona fide possideat.

tre di ciò, in forza di questa domanda egli viene posto in mora di rendere il fondo rivendicato; non può dunque da quel momento aver più alcun diritto di percipere i *frutti*, e dev' esser condannato a restituire quelli che egli ha percetti dopo la domanda.

342. *Quaeritur*, se la disposizione della legge 48, riferita *supra*, n. 340, che assoggetta il compratore di buona fede alla restituzione de'frutti dal giorno che entrò in mala fede, cioè dal giorno che ei seppe che il fondo non apparteneva al suo venditore, ma all' attore, debba essere osservata nel diritto francese? L'Ordinanza del 1539, *art.* 94, pare che l' abbia adottata; vi si dice: « In tutte le materie reali, petitorie e personali, intentate per fondi e cose immobili, ove siavi luogo a restituzione di frutti, questi saranno aggiudicati, non solo dopo la contestazione in causa, ma eziandio dopochè il condannato è stato costituito in mora ed in mala fede avanti la predetta contestazione ».

Il sig. Bourdin, nella parafrasi sopra questo articolo, dice: » L'articolo della nostra Ordinanza fondato sulla equità del diritto canonico, ha ordinato che l'aggiudicazione de' frutti si faccia dal momento che uno comincia ad essere possessore di mala fede; lo che noi spieghiamo con questo esempio: Quando taluno avendo acquistata una cosa di buona fede viene in progresso di tempo a sapere, mediante la comunicazione de'titoli del suo avversario, che la cosa non gli appartiene, e per conseguenza comincia ad esser possessore di mala fede; se dopo essersi riconosciuto tale non fa la restituzione della cosa, e sostiene la lite, egli è certo, per la regola e la massima dell' Ordinanza, che egli deve essere obbligato a restituire tutti i frutti dal tempo che ei venne costituito in mala fede ». Il detto autore soggiunge: « Tuttavia, io dico che in Francia ciò non si osserva, allorquando questa mala fede non è chiaramente ed ocularmente provata e verificata ».

Fontanon, sopra questo articolo, propone il seguente caso: Il proprietario di un fondo ha introdotta una prima domanda contro il possessore che lo ha di buona fede acquistato, la quale dopo la contestazione della lite è caduta in perenzione: successivamente ne introduce una seconda, colla quale giustifica il suo diritto: questo possessore dee egli esser condannato alla restituzione de' frutti, dal giorno della contestazione della lite, sulla prima domanda che rimase perenta? Egli dice, come ragione di dubbio, che sebbene la domanda sia stata perenta, questa perenzione non ha sanata la sua mala fede; vale a dire non ha distrutta la cognizione che egli ha avuta del diritto dell'attore in virtù de' titoli prodotti nell'istanza che rimase perenta. Ma egli non trova questa ragione sufficiente; in fatti, si può dire che l'abbandono fatto dall'attore delle sue procedure, ha potuto gettare un dubbio ragionevole sopra i titoli dell'attore, e fargli supporre che questi non li credesse sufficienti, e ne diffidasse. Dunque la copia e la comunicazione che n' ebbe nella prima domanda, non gli hanno data una cognizione abbastanza certa del diritto dell' attore, per costituirlo in mal fede.

ARTICOLO VI.

Delle prestazioni personali dello attore nell' azione di rivendicazione.

343. Quando l' attore in causa di rivendicazione ha giustificato il suo diritto, il possessore viene condannato a rilasciargli la cosa rivendicata; ma in certi casi, allorchè il possessore ha sborsata qualche somma, o contratta qualche obbligazione per la liberazione, conservazione o miglioramento della cosa che viene condannato a rilasciare, il possessore che produce l' eccezione di queste spese, non è condannato a rilasciarla, se non coll' obbligo per parte dell' attore di rimborsarlo preventivamente di ciò che ha speso e d' indennizzarlo.

Il primo caso è quando il possessore abbia pagato ai creditori quelle somme per le quali la cosa era ad essi ipotecata; il proprietario avendo dopo promossa la domanda di rivendicazione, l' equità non consente che egli possa farsi rilasciare la cosa, sen-

za rimborsare preliminarmente al possessore quelle somme che ha pagate ai predetti creditori; avendo queste somme servito a liberare la cosa dalle ipoteche da cui era gravata, ed essendo somme tali che questo proprietario sarebbe obbligato a pagare, se il possessore non le avesse pagate.

Il proprietario deve non solo rimborsare al possessore queste somme, ma eziandio pagargliene gl' interessi dacchè le ha sborsate; soltanto però nel caso, in cui questi interessi eccedessero i frutti da lui percetti dopo di averle sborsate; avvegnachè questi interessi debbonsi compensare co'frutti. Così ci insegna Papiniano: *Emptor praedium, quod a non domino emit exceptione doli posita, non aliter domino restituere cogetur, quam si pecuniam creditori ejus solutam, qui pignori datum praedium habuit, usurarumque medii temporis superfluum recuperaverit; scilicet si minus in fructibus ante litem perceptis fuerit; nam eas usuris* (1) *novis duntaxat* (2) *compensari sumptuum in praedium factorum exemplo, aequum est*; *l.* 65, ff. *de rei vindic.*

Questa compensazione degl' interessi della somma che il possessore ha pagata, che decorrono a suo vantaggio dal giorno che l' ha pagata, coi frutti da lui percetti da detto giorno, ha luogo ancorchè questo possessore fosse di buona fede. Quantunque esso non sia tenuto in via di azione alla restituzione dei frutti da lui percetti prima della domanda, tuttavia ne è obbligato in via di compensazione.

344. Il secondo caso è quello che Papiniano c' indica con quegli ultimi termini della legge, *sumptuum in praedium factorum exemplo*. Allorquando il possessore ha fatte delle spese necessarie alla conservazione della cosa, che il proprietario medesimo sarebbe stato costretto di fare se il possessore non le avesse fatte, eccetto però quelle che diconsi di pura manutenzione, il proprietario non può parimente in tal caso obbligare il possessore a rilasciargli la cosa, se prima non lo abbia rimborsato di questa sorta di spese, e non gli abbia pagati gl'interessi derivanti da questa somma da che l' ha sborsata, sino alla concorrenza di ciò che questi eccedessero i frutti da tal possessore percetti dopo il predetto tempo, co'quali dee farsene la compensazione.

Noi abbiamo eccettuate dal nostro principio le spese ordinarie, ossia di semplice manutenzione, poichè questa sorta di spese è un onere dei frutti; perlochè al possessore di buona fede che percipe a suo vantaggio i frutti prima della domanda, senza esserne soggetto a restituzione verso del proprietario, non gli dee neppur competere contro il medesimo alcuna ripetizione delle spese di semplice manutenzione, che egli avesse fatte durante questo tempo, essendo queste spese un onere annesso al godimento che ei ne ebbe.

Riguardo al possessore di mala fede, gli si dee tener conto delle spese ordinarie di manutenzione che ha fatte, nel conto che ei deve rendere dei frutti da lui percetti, non essendone tenuto che *deductis impensis*.

345. Non vi è alcun divario tra il possessore di buona fede e quello di mala fede, relativamente al rimborso che deve loro esser fatto di ciò che hanno speso sì nel primo, che nel secondo caso da noi riportato; ma si dee far differenza tra l' uno e l' altro, riguardo alle spese che essi hanno fatte, che non erano necessarie ma puramente utili, e che hanno soltanto migliorata la cosa che forma l'oggetto dell' azione di rivendicazione.

(1) Papiniano con quei termini *usuris novis* intende gl' interessi della somma che il possessore ha pagata pel capitale, frutti che hanno cominciato a decorrere a profitto di questo possessore dal giorno che l' ha pagata, come succeduto al diritto del creditore; ei li chiama così per distinguerli dagli antichi interessi che erano dovuti a creditore. *Vedi* Cujacio, *ad hanc leg.* in lib 2. *Resp.* Papie.

(2) *Duntaxat*; vale a dire, che non vi è luogo alla compensazione co'frutti senonchè per questi nuovi interessi della somma capitale che era dovuta al creditore, che hanno cominciato a decorrere a profitto del possessore, subentrato nei diritti del creditore a cui l'ha pagata. Riguardo alla somma che il possessore ha pagata al creditore per gli antichi interessi a lui dovuti, questa somma non produce veruna sorta d' interessi *cum non dentur usurae usurarum*, ed essa deve essere restituita al possessore che l'ha pagata, senza che siavi luogo alla compensazione co' frutti.

Riguardo al possessore di buona fede, il proprietario, sopra l' azione di rivendicazione, non può obbligare questo possessore a rilasciargli la cosa rivendicata, se prima non lo rimborsa delle spese che vi ha fatte, tuttochè queste non fossero necessarie, ed abbiano soltanto aumentata la cosa rivendicata e resa di maggiore prezzo.

Giustiniano offre un esempio di questa massima nel caso di un possessore, che ha costrutto un edifizio sopra un fondo che ei possedeva di buona fede; e decide che il proprietario del fondo non è ammissibile a rivendicarlo, se non dopo di avere sborsato al possessore questa spesa: *Si quis in alieno solo ex sua materia domum edificaverit.... illud constat, si in possessione constituto aedificatore soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonae fidei possessor fuerit qui aedificavit*; *Instit. tit. de rer. divis.*, § 30.

346. Questo principio, che il possessore di buona fede dev' essere rimborsato delle spese utili da lui fatte sopra la cosa rivendicata, va sogetto ad alcune limitazioni che debbono essere sottointese in quella parte di testo delle Istituzioni che abbiamo poc' anzi riportata, come lo ha bene osservato Vinnio nel suo commentario sopra questo testo.

La prima si è, che questo possessore non dee essere rimborsato precisamente ed assolutamente di tutto ciò che ha sborsato per le suddette spese, ma soltanto sino a quell' aumento di valore che la cosa, su cui le ha fatte e che forma l' oggetto dell' azione di rivendicazione, ha acquistato sino al momento che deve pagarle. Questo è ciò che apprendiamo da Paolo nel caso da lui proposto di un compratore di buona fede che aveva costrutto un edificio sopra un'area ch' era stata ipotecata. Paolo dice: *Jus soli superficiem secutam videri... sed bona fide possessores non aliter cogendos aedificium restituere, quam sumptus in extructione erogatus, quatenus res pretiosior facta est, reciperent*; *l.* 29., § 2, *ff. de pign.* Ciò risulta dal principio sul quale è fondata l'obbligazione in cui trovasi il proprietario di rimborsare queste spese al possessore di buona fede.

Cotesta obbligazione non nasce che da quella regola di equità, che non permette che alcuno si arricchisca ad altrui spese. Secondo questa regola, il proprietario non dee profittare a danno di tal possessore della spesa fatta da lui; ma egli ne profitta soltanto in quanto la sua cosa si trova aumentata di valore a cagione di questa spesa; egli non deve dunque essere obbligato a rimborsarlo che fino a tal concorrenza, quand' anche il possessore avesse sborsato di più.

Contra, vice versa: se il valore di cui la cosa è aumentata a cagione di detta spesa è di una somma maggiore di quella ch' essa ha costato, il proprietario non è tenuto a rimborsare che ciò che ha costato; imperciocchè, sebbene il proprietario profitti di più, però il suo profitto a danno del possessore non eccederebbe l' ammontare della somma che costò detta spesa.

337. La seconda limitazione al principio, che il possessore di buona fede dev' essere rimborsato delle sue spese utili, almeno sino all' ammontar di ciò che la cosa si trova aumentata di valore, è che questo principio non è sì generale che il giudice non possa talvolta allontanarsene, secondo le circostanze. Questo è ciò che c'insegna Celso: *In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur, bonus judex varie ex personis causisque constituet: finge et dominum* [1] *eadem facturum fuisse; reddat impensam et fundum recipiat, usque* (2) *eo duntaxat quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. Finge pauperem, qui, si id reddere cogatur, laribus sepulchris avitis carendum habeat, sufficit*

(1) Id est, maxime hoc casu debet reddere impensam; sed etsi facturus non fuisset, regulariter debet reddere.

(2) Questo si riferisce a *impensam reddat*.

tibi permitti tollere ex his rebus quae poscis, dum ita ne deterior sit fundus quam sit initio non fuerit aedificatum; *l.* 38, ff. *de rei vindic.*

In quest' ultimo caso, se vi è una ragione di equità che milita a favore del possessore, la quale consiste nel dire, che il proprietario non dee profittare a sue spese dell' aumento di valore che queste spese hanno recato al fondo; dall' altro lato, avvi un'altra ragione di equità ben anco più forte a favore del proprietario, alla quale quella dee cedere, ed è che la equità tanto meno permette che il proprietario venga privato del suo fondo, pel quale egli nutre una giusta affezione, per non avere potuto rimborsare delle spese che non ha il mezzo di rimborsare, delle quali egli poteva fare a meno, come dell'aumento di valore ch' esse hanno conferito al suo fondo ch' egli non vuole vendere, e che gli bastava nell' antico stato.

Allorchè le spese utili fatte dal possessore di buona fede sono talmente considerabili, che il proprietario non abbia la comodità di farne il rimborso prima di rientrare nel suo fondo, e che tali spese abbiano prodotto nella rendita annuale del fondo un aumento notabile, sembrami che si possano conciliare gl' interessi delle parti, col permettere al proprietario di rientrare nel suo fondo, senza rimborsare preventivamente le spese del possessore di buona fede, ed assumendosi a favore di tal possessore il peso di corrispondergli annualmente una rendita della somma a un dipresso eguale a quella dell' aumento del fondo prodotto da dette spese; rendita che sarebbe rimborsabile in più opportuna circostanza dal proprietario, ed alla quale il fondo sarebbe obbligato per privilegio: con questo mezzo, gli interessi di cadauna delle parti sono conservati; il proprietario non è privato del suo fondo perchè non può rimborsare le spese, nè profitta a danno del possessore dell' aumento della rendita che esse han cagionato al suo fondo.

348. Vi sono delle spese che aumentano il valore della cosa rivendicata in caso che il proprietario volesse venderla, ma che non ne accrescono la rendita nel caso in cui contasse di ritenerla. Il proprietario il quale, nel ritener questa cosa, non profitta di questa spesa, non è obbligato di rimborsare il possessore di buona fede che l' ha fatta, a meno che questo proprietario non fosse un uomo che negoziasse di cose che fossero dello stesso genere della cosa rivendicata; nel qual caso, profittando dell' aumento del prezzo cagionato da dette spese, egli dee rimborsarne il possessore di buona fede che le ha fatte. Le leggi recano questo esempio: *Si puerum* (1) *meum, quum possidere, erudisses, nec idem observandum Proculos existimat: quia neque carere servo meo debeam, nec potest remedium idem adhiberi quod in area diximus* (2); *l.* 27, § fin. ff. *de rei vindic*; (*Forte quod Pictorem aut Librarium docueris*), *dicitur non aliter officio judicis aestimationem haberi posse; l.* 28, *nisi si venalem eum habeas* (3), *et plus ex pretio ejus consecuturus sis propter artificium*; *l.* 29, ff. *d. t.*

È facile l' immaginarsi altri esempj. Fingasi un uomo che abbia comprato di buona fede un cagnolino che mi è stato rubato, ed abbia data a taluno una somma perchè lo addestri alla caccia; in seguito, avendo io riconosciuto il mio cane, l' ho rivendicato: io non sono obbligato a restituirgli la somma spesa per istruire il mio cane, inutile essendo questa spesa per me, che non mi diletto di caccia; ma se io avessi fama di negoziante di cani, sarei obbligato a restituirgliela, profittando in tal caso di detta spesa, che mi farà vendere il mio cane a prezzo maggiore che se non fosse stato istrutto.

349. La terza limitazione che dee

(1) Servum.

(2) *Ut ei qui bona fide aedificavit teneat reddere impensam*, perchè io profitto dell'edifizio, dovechè non profitto punto dell'arte che si è fatta imparare al mio schiavo, nella quale io non ho intenzione d' impiegarlo.

(3) *Mutat personas*, mettendo in seconda persona il proprietario che ha rivendicato il suo schiavo, che nella legge 27 era in prima persona. Ciò è frequente nel Digesto.

farsi al principio che obbliga il proprietario a rimborsare al possessore di buona fede le spese utili fatte per la cosa, che forma l'oggetto della rivendicazione, si è che il proprietario non è tenuto a rimborsargli la somma dovutagli per le dette spese, se nonchè dedotto ciò che questo possessore ne ha già avuto un rimborso de'frutti che egli ha percetti. Così c'insegna Papiniano: *Sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fidei possessore facti .... si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant, admissa compensatione, superfluum sumptum, meliore praedio facto, dominus restituere cogitur; l. 48, ff. de rei vindic.*

Ciò non si oppone a quel che è stato detto più sopra, cioè che il possessor di buona fede percipe a suo vantaggio i frutti finchè dura la sua buona fede, e finchè il proprietario non abbia intentata contro di esso l'azione di rivendicazione; poichè egli non li percipe a suo vantaggio che in questo senso, cioè che il proprietario non può in via di azione pretenderne la collazione, ma può opporgliene la compensazione colle spese che ha fatte per la cosa rivendicata.

350. Riguardo al possessore di mala fede le leggi romane sembrano avergli ricusato il rimborso delle spese fatte che non erano necessarie, quantunque avessero fatta divenir più preziosa la cosa rivendicata, ed avergli soltanto permesso di asportare dal fondo rivendicato quelle cose che vi aveva poste, e che possono esserne staccate e rimettere il fondo nel primiero suo stato. *Malae fidei possessores*, dice l'imperator Gordiano, *ejus quod in alienam rem impendunt, non eorum negotium gerentes quorum res est, nullam habeant repetitionem, nisi necessarios sumptus fecerint; sin autem utiles, licentia eis permittitur, sine laesione prioris status rei, eos auferre; l. 5, Cod. eod. tit.* Lo stesso dice in un altro: *Vineas in alieno agro institutas solo cedere, et si a malae fidei possessore id factum sit, sumptus eo nomine erogatos per retentionem servari non posse incognitum non est; l. 1, tit. de rei vind. in fragm.* Cod. *Greg.*

Finalmente Giustiniano nelle Ist. *de rer. div.* § 30, dopo aver detto che quegli che ha fabbricato sull' altrui fondo, dee essere rimborsato di questa spesa dal proprietario, soggiunge: *Utique si bonae fidei possessor sit; nam scienti solum alienum esse, potest objici culpa, quod aedificaverit temere in eo solo quod intelligebat alienum esse.*

Ad onta di testi così chiari Cujacio, *Observ.* X, *cap.* 1, è di parere che il possessore di mala fede debbe esser rimborsato, come quello di buona fede, delle spese utili, sino all' ammontare di quanto la cosa è cresciuta di valore, e che que' testi di diritto che sembrano a ciò contrarj debbansi intendere in questo senso, cioè, che stando al rigor del diritto, il possessor di mala fede non ha ragione di pretendere questo rimborso; ma che per altro ciò non impedisce che il giudice glielo accordi, preferendo in ciò al rigor del diritto l'equità, la quale non permette che il proprietario profitti a spese di tal possessore, giusta la nota regola: *Neminem aequum est cum alterius detrimento locupletari*: egli appoggia la sua opinione alla legge 38, ff. *de petit. haered.*, ove è detto: *In caeteris necessariis et utilibus impensis posse separari, ut bonae fidei quidem possessores has quoque imputent, praedo autem de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit: sed benignius est, in hujus quoque persona haberi rationem impensarum; non enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere.*

Per grande che sia l' autorità che Cujacio si è acquistata nelle scuole, la maggior parte dei dottori, che hanno scritto dopo di lui, non seguì cotal sua opinione. Si risponde in due maniere alla legge 38, su cui fondasi la sua opinione; la risposta però più ordinaria è, che questa legge riguarda il caso dell' azione di petizione di eredità, che nulla ha che fare con ciò che deve osservarsi nell' azione di rivendicazione, regolandosi queste due azioni da principj di-

versi, come lo vedremo nel capitolo seguente. Vinnio risponde in altro modo a questa legge: egli pretende che il possessor di mala fede non può esigere il rimborso delle spese utili nè nell' azione di rivendicazione, nè in quella di petizione di eredità, e che que' termini della legge, ***Benignius est in hujus quoque persona haberi rationem impensarum***, non debbano intendersi nel senso che abbiasi ad accordargliene il rimborso; ma solo che se gli debba permettere di togliere ed asportare quanto egli ha posto nel fondo, che però possa essere levato, ristabilendo le cose nel pristino loro stato; ciò che non viene accordato che per un motivo di favore e di umanità, poichè tali cose essendo state acquistate ***ipso jure*** al proprietario del fondo, di cui si trovano far parte, ***jure accessionis et vi ac potestate rei suae***, il possessore che ve le ha unite, non consultando che il rigor del diritto, non dovrebbe tampoco avere la facoltà di staccarnele.

Riguardo alla regola, ***Neminem aequum est cum alterius detrimento locupletari***, rispondesi che essa può bensì essere opposta dal possessore di buona fede, ma non già da quello di mala fede; il proprietario con ragione può replicargli che l' equità tanto meno gli permette di mettere il proprietario contro la sua volontà in un dispendio che ei non intendeva fare, facendo sopra il suo fondo, che possedeva ingiustamente, delle spese che ei ben sapeva non avere alcun diritto di farvi; che se egli risente danno dal non venirgli rimborsate cotali spese, non dee accusarne che sè medesimo, giacchè è sua colpa l' averle fatte; ora nessuno è ammesso a querelarsi di ciò che soffre per propria colpa: ***Id quod quis sua colpa damnum sentit, non videtur sentire.*** Questa risposta è precisamente quella che Giustiniano, nel testo delle sue Istituzioni già da noi riportato, mette in bocca del proprietario, per esonerarlo dal rimborso delle spese utili verso il possessore di mala fede: ***Nam***, dice Giustiniano, ***scienti solum alienum esse potest objici culpa, quod aedificaverit temere in eo solo.***

Se il proprietario non è obbligato a rimborsare al possessor di mala fede le spese utili, sino all' ammontare della somma per cui il fondo rivendicato aumentò di valore; almeno questo proprietario non può dispensarsi dal soffrirne la compensazione sino alla debita concorrenza colla somma che gli è dovuta da questo possessore per la collazione dei frutti. Percincchè il proprietario è riputato aver già riscosso sino alla debita concorrenza il prezzo dei detti frutti coll' impiego che ne fu fatto nel migliorare il suo fondo. Non rimborsarne il possessore sarebbe lo stesso che farsene pagare due volte; ciò che non permette la buona fede.

Nella nostra pratica si lascia alla prudenza del giudice il decidere, secondo le diverse circostanze, se il proprietario debba o no rimborsare il possessore di mala fede delle spese utili, sino all' ammontare di ciò che il fondo rivendicato acquistò di valore. Avvi una mala fede caratterizzata e criminosa, come quella di un usurpatore che profittò della lunga assenza o della minorità di un proprietario, che non aveva difensore, per mettersi senza alcun titolo in possesso di un fondo; un tal possessore di mala fede dee esser trattato con tutto il rigore del diritto; ei non merita alcuna indulgenza, e quindi non se gli devono bonificare i miglioramenti da esso fatti nel fondo nel tempo che lo possedeva; al contrario, si danno certe specie di mala fede che non sono criminose, ma scusabili; per esempio, io ho comperato il fondo di un minore da sua madre ch' era allora ricchissima, e che si è obbligata di far ratificare la vendita; avvennero in seguito varie imprevedute disgrazie, che portarono un grave disordine nella fortuna della mia venditrice, essa muore. Il minore già divenuto maggiore rinuncia alla di lei eredità e promuove contro di me una domanda di rivendicazione: io sono possessore di mala fede, perchè aveva ***scentiam rei alienae***, poichè comperando ho avuta cognizione che quel fondo apparteneva al minore, e che la mia venditrice non aveva la facoltà di alienarlo; ma questa mala fede

non è criminosa: io aveva d'altronde un giusto motivo di lusingarvi che il minore ratificherebbe o diverrebbe erede di sua madre; perciò debbo essere trattato con indulgenza, ed il giudice dee farmi ragione de' miglioramenti da me fatti sul fondo, sino allo ammontare di quel maggior prezzo ch' esso ha acquistato in grazia di detti miglioramenti.

351. Dalla differenza che avvi tra il possessore di buona e quello di mala fede, rapporto alle spese utili, nasce una questione, quella cioè di sapere, se basta che il possessore, che pretende questo rimborso, fosse in buona fede al momento che fece l'acquisto del fondo, oppure se sia di uopo ch' ei lo fosse eziandio allorchè fece dette spese. Ulpiano, aderendo al parer di Giuliano, decide esser d' uopo ch' ei lo sia stato quando le ha fatte. *Julianus. lib. 8°. Digestorum*, *scribet*: *Si in aliena area aedificassem cujus bonae fidei quidem emptor fui*, *verum eo tempore aedificavi quo jam sciebam alienam*, *videamus an nihil mihi exceptio* (1) *prosit? Nisi forte* [2] *quis dicat prodesse de damno sollicito: puto autem huic exceptionem non prodesse*; *nec enim debuit jam alienam certus, aedificium ponere; sed hoc ei concedendum est*, *ut sine dispendio domini areae tollat aedificium quod posuit*; *l.* 37. ff. *de rei vindic.*

552. Si osservi relativamente al diritto che viene accordato al possessore di mala fede di asportare ciò che ha messo del suo nel fondo rivendicato, ristabilendolo nel primiero suo stato, ch' egli non può staccarne che le cose da cui può ritrarne qualche profitto asportandole, e che deve lasciarle qualora il proprietario gliene offra il prezzo che ne potrebbe ricavare: *Constituimus*, dice Celso, *ut si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor*, *his rebus ablatis*, *fiat ei potestas*; *l.* 38, ff. *de rei vindic.*

Secondo questi principj, non dee a lui esser permesso di cancellare le pitture colle quali egli ha ornato lo appartamento del fondo rivendicato, tuttochè offra di rimetter le cose nell' antico stato, perlochè il giureconsulto aggiunge: *Neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta quod induxeris, picturasque corrodere velis*, *nihil laturus nisi ut officias*; *d. l.* 38.

553. Ci rimane ad osservare, che il possessore che viene condannato a rilasciare al proprietario la cosa rivendicata, quantunque l' abbia comperata e sia possessore di buona fede, non ha diritto di chiedere al proprietario che gli rimborsi il prezzo che ha pagato: *Incivilem rem desideratis*, dice l' Imperatore Antonio, *ut agnitas res furtivas non prius reddatis*, *quam pretium solutum fuerit a dominis*; *l.* 2, Cod. *de furt.*

Ma se constasse che il prezzo sborsato dal possessore per l'acquisto della cosa, cui fu condannato a rilasciare al proprietario, si fosse convertito in vantaggio di questo proprietario ancorchè quel possessore fosse un possessore di mala fede, il proprietario dee restituirgli il prezzo da lui pagato, e si dee fare compensazione degl' interessi di questo prezzo co' frutti che questo possessore ha percetti: per esempio, io ho acquistato da un tutore un fondo del suo minore, che mi ha venduto nella sua qualità di tutore, senza osservare veruna formalità; se io sopra l'azione di rivendicazione in seguito contro di me promossa da questo minore divenuto maggiore, fossi stato condannato a rilasciarglielo, quantunque io ne fossi possessore di mala fede, poichè sapeva che quegli che mi ha venduto il fondo non aveva diritto di vendermelo, tuttavia se posso giustificare che il prezzo fu convertito in vantaggio di questo minore, *puta*, perchè abbia servito a pagare i suoi debiti, il giudice nel condannarmi a rilasciare il fondo al minore, lo condannerà a restituirmi il prezzo che venne convertito in suo vantaggio.

Notisi che se questo tutore avesse impiegato il prezzo che io gli ho pagato in rimborsare delle rendite dovute dal minore, io non potrei obbligar questo minore ad altro che a continuarmele.

(1) Exceptio doli mali, nisi refundut impensam.

(2) Questa era la ragione di dubitare, alla quale il giureconsulto non crede che debbiano attenersi.

ARTICOLO VII.

Della esecuzione della sentenza che ha condannato il possessore a rilasciare la cosa rivendicata; o del caso in cui egli si è messo, per dolo o per sua colpa, fuori di stato di poterlo fare.

§ 1. *Del rilascio che il possessore dee fare della cosa rivendicata.*

354. Allorchè, sopra l' azione di rivendicazione, il convenuto vien condannato con sentenza inappellabile a rilasciare all' attore la cosa rivendicata; se questa cosa è un mobile che si trovi in possesso del convenuto, il quale aveva ottenuta una liberazione provvisoria del sequestro che ne fu fatto detto convenuto dee renderla alla prima intimazione che gliene vien fatta; altrimenti, sopra il di lui rifiuto, il giudice permette all'attore di farla prendere da un usciere e trasportarla dal luogo in cui si trova.

355. Quando la cosa, che il possessore è stato condannato a rilasciare, è un fondo, l' Ordinanza del 1667, tit. *dell' esecuzione delle sentenze*, 27, *art.* 1, gli accorda quindici giorni per farne il rilascio, da contare dal giorno della notificazione della sentenza che gli è stata fatta personalmente o a domicilio, con precetto di soddisfarvi.

Questo rilascio consiste in ciò, che il possessore deve, entro il termine che gli viene accordato, asportar tutti i mobili ch' egli ha nel fondo cui è condannato a rilasciare, evacuandolo e rimettendone le chiavi al rivendicante, al quale fu condannato a rilasciarlo.

Mancando il possessore di rilasciarlo entro il predetto tempo di quindici giorni, la detta Ordinanza, *art. primo*, pronuncia contro di lui una multa di lire 200 applicabile metà al regio fisco, e metà alla parte. Essa vuole inoltre, *art.* 3, che il possessore, il quale quindici giorni dopo la prima intimazione fattagli, non ha obbedito alla sentenza, sia condannato con arresto personale al rilascio della cosa, ed ai danni e interessi del proprietario cui è stato condannato a farne il rilascio.

Osservisi che quando il fondo è distante più di dieci leghe dal domicilio della parte condannata a rilasciarlo, si aggiunge al termine di quindici giorni, un altro giorno per ogni dieci leghe di distanza.

356. Allorchè la parte persiste ostinata nel rifiuto di rilasciare il fondo, il proprietario può farsene mettere in possesso, *manu militari*; egli ottiene a questo fine una sentenza dal giudice che gli permette di mettersi in possesso del fondo, e a tale effetto di far aprire le porte da un maestro ferrajo, e farne levare i mobili che vi si trovano. Il proprietario, che ha ottenuta questa sentenza, la fa mettere ad esecuzione da un usciere accompagnato da un maestro ferrajo, e da un vetturale per trasportare i mobili nella più vicina osteria. Ciò è conforme alla legge 68, *ff. dei rei vindic.* ove è detto: *Qui restituere jussus, judici non paret, ... si quidem habeat rem, manu militari officio judicis ab eo possessio transfertur.*

357. Quando il possessore non è stato puramente e semplicemente condannato a rilasciare il fondo, ma coll' obbligo per parte del proprietario di rimborsargli le spese e miglioramenti fattivi, il proprietario non può procedere contro di lui per obbligarlo a rilasciargli il fondo sino a che ne sia stato rimborsato; il possessore avendo in tal caso il diritto di ritenerlo, *veluti jure pignori*, come è prescritto dall' *art.* 9.

Ma poichè questo possessore potrebbe prolungare il possesso del fondo procrastinando a far liquidare la somma cui ascendono dette spese e miglioramenti, somma che deve essergli rimborsata, l' Ordinanza, in detto *art.* 9, prescrive, che il possessore sia tenuto a liquidare le predette spese e miglioramenti entro un certo termine, che sarà determinato dal giudice; e che mancando per parte sua di farlo entro detto termine, il proprietario sia messo in possesso del suo fondo prestando cauzione di pagarle dopo che saranno state liquidate.

L' Ordinanza di Moulins, *art* 52, voleva che questo termine non eccedesse un mese; quella del 1667 l'ha lasciato all' arbitrio del giudice.

Per giungere a questa liquidazione il possessore dee con atto giudiziale dichiarare i diversi articoli di spese necessarie o utili, di cui egli domanda il rimborso; esibire i contratti fatti cogli operaj; e le quitanze delle somme pagate, e nominare un perito per farne la visita, e stimare di quanto le spese utili abbiano aumentato il valore del fondo, ed intimare al proprietario di recarsi ad approvarle o contraddirle nominando a sua scelta un perito.

Il proprietario risponde a quest'atto, nomina dalla sua parte un perito, altrimenti il giudice lo nomina per lui, i periti fanno il loro rapporto; ed il giudice, tanto sopra detto rapporto ch'egli omologa quando non vi è alcuna opposizione che possa impedirlo, quanto sopra tutto ciò che è stato detto ed allegato dalle parti, fissa la somma alla quale devono ammontar dette spese e miglioramenti.

§ 2. *Della liquidazione de'frutti che il possessore deve restituire in virtù di condanna.*

358. Allorchè il possessore, che in sequela di una rivendicazione contro di lui promossa, è stato condannato da una sentenza inappellabile a rilasciare il fondo rivendicato, venne altresì condannato a restituire i frutti che ne ha percetti, l' Ordinanza del 1667, *tit.* 38 *della liquidazione dei frutti, art.* 1, vuole che esso sia tenuto a restituire in natura quelli dell'ultima annata che egli ha percetti, ove ancora li tenga presso di sè, e quelli delle annate precedenti giusta la liquidazione che deve esserne fatta avanti il giudice o commissario.

Per poter fare questa liquidazione, il possessore che abbia fatto coltivare il fondo per suo conto, dee fare una dichiarazione esatta della quantità de'frutti che egli ha raccolti annualmente dal tempo che viene condannato a conferirli, e per farne pruova dee produrre i suoi libri di riscossione; *Art.* 2.

Quando questi frutti consistono in grani, bassi a fare la stima di quelli che egli annualmente ha raccolti sul piede di ciò che valevano nel mercato più vicino nelle quattro stagioni dell' anno, delle quali si forma un anno comune. Questa stima si fa su degli estratti che il possessore deve produrre cavandoli dal registro del prezzo dei grani esistente presso la municipalità del luogo; estratti che debbono essere fatti in valida forma, rilasciati dal cancelliere, e sottoscritti da lui. L' Ordinanza, nel detto titolo, art. 8, porta espressamente, che la stima de' grani non potrà farsi senza gli estratti dei detti registri.

Riguardo ai frutti di un'altra specie, quali sarebbero il vino, l' olio, il sidro, i fieni, ec., che il possessore ha annualmente raccolti, se ne deve fissare il prezzo o sulla base delle riscossioni fatte dal possessore risultanti dalle sue carte, ove sia stata fatta menzione dei prezzi ai quali egli gli ha d'anno in anno venduti, o a norma della stima che ne verrà fatta da persone intelligenti nominate di comune accordo dalle parti: per esempio, se trattasi di vino, questa stima deve esser fatta da esperti mercanti di vino che possono facilmente conoscere, consultando i loro registri, il prezzo che valeva il vino negli anni antecedenti.

Fatte tutte queste stime, il possessore nel conto che deve rendere dei frutti da lui percetti si addossa la somma alla quale si trova ascendere la stima di tutti i frutti che egli dee conferire, sulla qual somma se gli devono dedurre le spese da lui fatte per farli nascere e per raccoglierli: a ciò pure si uniscono le somme che egli ha pagate tanto per le spese di manutenzione e riparazioni necessarie, quanto pel pagamento delle gravezze e oneri fondiarj sì ordinarj che straordinarj, e per altre simili imposte, di tutte le quali somme egli deve presentar le quitanze.

359. Se il possessore, finchè rimase in possesso del fondo cui fu condannato a rilasciare colla restituzione dei frutti, lo avesse dato ad affitto, egli deve produrre il documento, e render conto de' fitti a norma di dette

investiture di locazione, dedotti però i pesi fondiarii, le spese ordinarie e le imposte, come poc' anzi si è detto.

Se gli affitti non fossero stati fatti a prezzo di danaro, ma per una determinata quantità annua di grani o di altri generi, converrebbe fare la stima de' grani costituenti il fitto di ciascun anno, secondo gli estratti del registro del luogo ove si doveva pagare il fitto, nel modo che abbiamo qui sopra indicato. Il proprietario potrebbe essere ammesso a non istare al prezzo delle predette locazioni, e domandare una stima, qualora allegasse che egli avrebbe fatto fruttare il fondo da sè, e ne avrebbe ricavato assai più.

360. Se il conto de' frutti presentato dal possessore non è contradetto, il giudice lo approva, deducendo però dalla somma, cui ascendono i frutti che debbono essere conferiti, quella a cui ascendono le deduzioni da farsi; e la somma residuale deve essere pagata dal possessore entro il termine perentorio di un mese.

Allorchè il proprietario verso cui il possessore è stato condannato alla collazione de' frutti, si oppone al conto, sostenendo, per esempio, che il possessore abbia raccolta una quantità di frutti maggiore di quella che egli ha dichiarato, il giudice permette in questo caso alle parti rispettive di far prova tanto per mezzo di testimonj quanto per iscritto della quantità di detti frutti, e degli altri fatti da esse asseriti. *Art.* 3.

Se il proprietario che ha contradetto al conto, non fa la sua prova, deve essere condannato alle spese; se al contrario la fa, il possessore viene condannato a pagarle secondo la tassa che nell'uno e nell'altro caso verrà fissata dalla sentenza che interverrà. *Art.* 4, e 5.

361. Quando il possessore che ha fatto coltivare il fondo da sè, dichiara non poter render conto dei frutti cui è condannato a conferire, non ricordandosi in verun modo della quantità che ne ha raccolta annualmente, perchè non ne ha tenuto registro, come neppur delle spese; non vi può essere in tal caso altra via che quella di ordinare, che i frutti, che il possessore è condannato conferire, verranno stimati da persone nominate di comune accordo dalle parti.

§ 3. *Del caso in cui il possessore si è posto fuori di stato di poter render la cosa rivendicata.*

362. Nel caso che la cosa mobile che il possessore è stato condannato a restituire al proprietario, non possa essere sequestrata nelle sue mani, perchè più non vi si trova, conviene distinguere: o non vi si trova più per dolo di tal possessore, sia che effettivamente non vi si trovi più, sia ch' ei la occulti; allora, giusta i principj del diritto romano, il giudice doveva riportarsi al giuramento dell' attore sopra la somma cui egli giudicava ascendere i suoi danni e interessi risultanti dal non essergli restituita la cosa, nella quale stima poteva comprendere il prezzo di affezione che egli vi aveva, ed il giudice doveva condannare il possessore a pagare al proprietario la somma alla quale questo proprietario aveva con suo giuramento stimato egli stesso ascendere i suoi danni e interessi: *Qui restituere jussus judici non paret .... si non potest restituere, si quidem dolo fecit, quominus possit, is, quantum adversarius in litem, sine ulla taxatione, in infinitum juraverit, damnandus est*; *l.* 68, *ff. de rei vindic.*

Quando per sola colpa del possessore più non si trovava la cosa, senza però che fosse intervenuto alcun dolo, in tal caso non si deferiva giuramento *in litem* al proprietario, ed il possessore era soltanto condannato a rilasciargli i danni ed interessi secondo che venivano fissati dagli arbitri, e ne' quali non doveva entrare verun prezzo di affezione: *Si vero*, aggiunge la legge, *nec potest restituere, nec dolo fecit quominus possit, non pluris quam quanti res est, idest quanti adversarii interfuit, condemnandus est*; *l.* 68.

363. Secondo la giurisprudenza francese non si deferisce il giuramento *in litem* al proprietario; e, sia per colpa, che la cosa non gli ven-

ga restituita, sia per dolo, il possessore è condannato a pagargli soltanto que' danni e interessi, che verranno fissati da persone nominate concordemente dalle parti, escluso ogni prezzo di affezione.

364. Allorchè il possessore che per sua colpa si è messo fuori di stato di restituire la cosa rivendicata, paga al proprietario la somma cui sono stati fissati i danni e interessi, si ritiene che il proprietario a lui ceda e abbandoni per questa somma tutto il diritto ch' egli ha nella cosa. Laonde questo antico possessore che ha pagato, può, come subentrato nei diritti del proprietario cui pagò questa somma, esercitare a suo rischio e vantaggio, contro i terzi che si trovassero in possesso di questa cosa, l' azione di rivendicazione che il proprietario avrebbe potuto esercitare, e se il proprietario, il quale ha ricevuta la somma, se ne trovasse dipoi egli stesso in possesso, l' antico possessore, che gliene ha pagata la stima sarebbe autorizzato ad intentar contro di lui la domanda, affine di rilasciargliela: *Si culpa non fraude quis possessionem amiserit, quoniam pati debet aestimationem litis, audiendus erit a judice, si desideret ut adversarius actione sua cedat... ipso quoque, qui litis aestimationem perceperit possidente, debet adjuvari*; *l.* 63, *ff. de rei vindic.*

Il proprietario non sarebbe tampoco ammesso in questo caso ad offerire la restituzione della somma da lui ricevuta, per dispensarsi dal restituire la cosa a colui dal quale ha ricevuta la somma: *Nec facile audiendus erit*, aggiunge immediatamente Papiniano, *si velit postea pecuniam, quam ex sententia judicis, periculo judicati recepit, restituere; d. l.* 63.

Il proprietario a cui il reo convenuto, che si è posto fuori di stato di restituire la cosa, ha pagata la somma che è stata tassata pe' danni e interessi, è bensì obbligato a cedergli tutti i diritti che egli ha in questa cosa, ma senza veruna garentia: *Petitor possessori de evictione cavere non cogitur rei nomine cujus aestimationem accepit, sibi enim possessor imputare debet qui non restituit rem*; *l.* 35, § 2, ff. *d. tit.*

CAPITOLO II.

Della petizione di eredità.

365. L' azione di rivendicazione, della quale abbiamo trattato nel capitolo precedente, ha luogo riguardo alle cose particolari; il proprietario, che ne ha perduto il possesso, ha questa azione contro colui che se ne è impossessato; la questione che è dalle parti agitata sopra siffatta azione, è di sapere se l' attore abbia a sufficienza provato il suo diritto di proprietà della cosa rivendicata: la petizione di eredità ha luogo riguardo alle successioni; l' erede a cui la successione appartiene, sia in totalità sia in parte, ha questa azione contro coloro che gliela contendono, e che ricusano sotto questo preteso di restituirgli le cose che tengono nelle loro mani e che appartengono o provengono da detta successione, ovvero di pagargli ciò che essi debbono alla successione stessa. Il punto da decidersi è di sapere, se l' attore abbia bastantemente provata la sua qualità di erede, e se in conseguenza gli appartenga l' eredità.

Noi vedremo nella prima sezione da quali e contro quali persone si possa intentare la petizione di eredità; nella seconda, ciò che l' attore deve provare in questa azione, e ciò che gli può essere opposto dal reo convenuto; come pure, se ed in qual modo, finchè dura la lite sopra questa azione tre le due parti che si disputanto la successione, i creditori ed i legatarj di essa possano farsi pagare. Noi tratteremo, nella terza sezione, della restituzione che deve farsi dei beni dell' eredità dal possessore all' erede, che ottenne l' intento nella sua domanda in punto di petizione di eredità. Tratteremo, nella quarta, delle prestazioni personali alle quali è

tenuto in questo caso il possessore verso questo erede; nella quinta, di quelle alle quali è tenuto dal suo lato l' erede verso il possessore. Finalmente tratteremo, nella sesta sezione, di alcune azioni che si assomigliano alla petizione di eredità.

SEZIONE PRIMA.

Da quali e contro quali persone può essere intentata la petizione di eredità.

ARTICOLO PRIMO.

Da quali persone può essere intentata la petizione di eredità.

366. Nella stessa guisa che l' azione di rivendicazione non può essere validamente intentata, che dal proprietario della cosa rivendicata, così la petizione di eredità non può essere intentata che da colui, che e l' erede del defunto, del quale rivendica la successione, e ne è per conseguenza proprietario.

Nelle provincie regolate dal diritto scritto, ed in quegli Statuti che riconoscono gli eredi testamentarj, come quello di Berry, l' erede può fare la petizione di eredità, o che sia erede testamentario o che sia erede legittimo. Negli Statuti di Parigi, di Orleans, e in quasi tutti i paesi regolati da consuetudini, non vi è altro erede fuorchè il legittimo.

367. Quegli che è erede in parte soltanto, può intentare la petizione d' eredità al pari di quello che è erede per lo totale; con questa differenza però, che il secondo rivendica la successione intiera contro coloro che ne posseggono alcune cose, per poche che ne posseggano, e conclude in conseguenza che il giudice, dichiarando che la successione gli appartiene pel totale, condanni il convenuto a rilasciargli il totale de' beni di tal successione che tiene presso di sè; laddove quegli, che è erede in parte, rivendica soltanto la parte della successione che gli appartiene, e conclude in conseguenza che il giudice, dichiarando che la successione gli appartiene per questa parte, condanni il reo convenuto a rilasciargli i beni di questa eredità che tiene presso di sè, per quella parte soltanto che in essa gli compete.

368. Non solamente l' erede immediato di un defunto ha diritto di rivendicare con quest' azione la eredità, ma eziandio l' erede di questo erede ha il medesimo diritto; perchè l' erede immediato avendo trasmessi tutti i diritti suoi nel suo erede, gli ha trasmessa la proprietà che egli aveva di questa eredità; tale è la dottrina di Gajo: *Si Titio qui Sejo hæres extitit, non hæredes facti sumus, sicuti Titii hæreditatem nostram esse intendere possumus, ita et Seii*; *l.* 3, *ff. de hæred. petit.*

Ciò che abbiamo detto dell' erede deesi intendere *quantumvis per longissimam successionem*; perchè è regola di diritto, che, *qui per successionem, quamvis longissimam hæredes constiterunt, non minus hæredes intelliguntur, quam qui principaliter hæredes existunt*; *l.* 194, *alias* 154, *ff. de reg. jur.*

369. Un cessionario di diritti ereditarj può del pari, non *ex se*, ma in testa dell' erede che gli ha ceduti i suoi diritti, intentare la petizione di eredità.

Quando il possessore degli effetti ereditarj citato da questo cessionario dei diritti ereditarj, gli contende la proprietà della successione e la qualità di erede che ha il suo cedente, egli può chiamare a difesa il suo cedente, il quale è il suo garante formale, perchè sia obbligato a stare in causa per lui, e proseguire il giudizio di petizione di eredità contro il convenuto, che gli contende la qualità di erede e la proprietà della successione. Imperocchè, sebbene colui che ha venduti i suoi diritti ereditarj non sia garante de' beni particolari della eredità, egli è però garante della successione allorchè questa e la sua qualità di erede vengono contrastate al suo cessionario, *hæredem se esse praestare debet*; *l.* 18, *ff. de hæred. vind.*

Avverrebbe altrimenti, se taluno venduti avesse non già i suoi diritti ereditarj, ma le sue pretese ad una tale eredità, ove ne abbia; in tal caso il

cessionario, sia ch' egli stesso abbia intentata la petizione di eredità, sia che altri abbiala intentata contro di lui, dee esperimentare a suo rischio le pretese del suo cedente, allorchè gli vengono contestate, senza ch' ei possa chiamarlo in garentia, nè esercitare alcun regresso contro di lui, purchè non vi fosse stato dolo per parte del suo cedente, come sarebbe se fosse provato che al tempo della cessione il cedente aveva una perfetta scienza, che le pretese ch'egli vendeva erano mal fondate, nel qual caso il cessionario ha l'azione del dolo contro di lui. Per la qual cosa Gajo, dopo aver detto che quegli il quale ha venduto le sue pretese, non contrae alcuna obbligazione di garentia, soggiunge: *Hoc ita intelligendum, nisi sciens ad se non pertinere ita vendiderit; nam tunc ex dolo tenebitur*; *l.* 12, ff. *de hæred. vind.* Vedi il nostro Trattato del Contratto di Vendita, n. 528 e 529.

ARTICOLO II.

Contro chi può intentarsi la petizione di eredità.

370. La petizione di eredità può essere intentata non solo contro colui che si è messo in possesso de' beni, o della maggior parte de' beni della eredità dall' attore rivendicata, ma eziandio contro quello il quale ne possedesse una sola cosa e la meno considerabile, allorchè tal possessore per non restituirla contende all' attore la proprietà della successione e la sua qualità di erede nella quale ei domanda la restituzione: *Definiendum est eum teneri petitione hæreditatis, qui vel jus pro hærede vel possessore possidet, vel rem haereditariam, licet minimam*; *l.* 9. 10, ff. *de hæred. petit.*

Se il possessore non contrastasse all'attore la sua qualità di erede, ma sostenesse che le cose delle quali l'attore gli chiede la restituzione in qualità di erede di un tale, non appartenevano punto al defunto; in tal caso la contestazione non cadendo sulla proprietà della successione, ma su quella delle cose particolari, non vi sarebbe luogo alla petizione di eredità, ma all'azione di rivendicazione.

371. Riguardo a' possessori, i quali pretendono che la successione di cui posseggono i beni loro appartenga, sia in totalità sia in parte, la petizione di eredità procede contro di essi, sia che non abbiano alcun diritto a questa successione, sia che vi abbiano effettivamente una parte, allorchè contendono all' attore la parte ch' esso vi ha, e per la quale egli ha intentato contro di essi la petizione di eredità. Per la qual cosa nel caso di una sorella, la quale essendo erede di un defunto insieme co' suoi quattro fratelli, ciascuno per una quinta porzione, avesse intentata la petizione di eredità per la sua quinta parte contro i di lei fratelli ch' eransi impadroniti de' beni di questa eredità, che pretendevano loro appartenere ad esclusione della sorella; il giureconsulto decide, che la petizione di eredità proceda contro di essi, e che ciascuno de'predetti fratelli sopra tale azione debba esser condannato a restituire alla sua sorella la quinta porzione di ciò che aveva usurpato. *Sorori, quam cohæredem fratribus quatuor in bonis matris esse placuit, quinta portio, pro portionibus, quae ad eos pertinuit, cedet; ita ut singuli in quartam, quam antea habere credebantur, non amplius ei quintam conferant*; *l.* 6, ff. *si pars hæred pet.*

372. Secondo le nostre costumanze, l'erede in parte comincia ordinariamente dall' introdurre l' azione di divisione contro gli altri eredi, che si sono impossessati de' beni della eredità; ma se gli eredi citati con questa istanza, contendono all' attore la parte ch'egli pretende avere nella eredità, di cui domanda la divisione, l' attore sostenendo contro i convenuti che la parte da loro contrastata gli appartiene, è considerato intentar contro di essi la petizione di eredità per questa parte, e quindi essa deve essere istrutta e giudicata preliminarmente alla domanda di divisione.

Un erede parziale non potendo con la petizione di eredità far condannare uno di quelli che posseggono i beni dell' eredità, a rilasciarli per lo totale, per poco che ei ne possegga, ma soltanto per quella parte per cui l' attore è erede, e per la quale egli ha

intentata la sua petizione, come lo abbiamo veduto, *supra*, n.367, ne segue che non basta a tale erede d' intentare il giudizio di petizione di eredità contro un solo dei possessori, ma esser d'uopo che egli lo intenti contro tutti. Questo è ciò che osserva Ulpiano: *Si duo possideant hæreditatem, et duo sint qui ad se partes pertinere dicant, non singuli a singulis petere contenti esse debent, puta, primus a primo, vel secundus a secundo, sed ambo a primo, et ambo a secundo; neque enim alter primi, alter secundi partem possidet, sed ambo utriusque pro hærede*; *l.* 1, § 2, ff. *si pars hæred. pet.*

373. La petizione di eredità può essere intentata non solamente contro coloro, che posseggono de' beni dipendenti dalla eredità, ma generalmente contro tutti coloro che ne abbiano qualche cosa; come sarebbe quegli che ha ricevuta qualche somma dai debitori della eredità, o del prezzo della vendita de' beni della eredità, allorchè, per esimersi dal renderne conto all' attore, gli contrasta la successione e la sua qualità di erede: *Sed et is qui pretia rerum hæreditariarum possidet, item is qui a debitore exegit, petitione hæreditatis tenetur*; *l.* 16, § 1, ff. *de hæred. pet.*

374. La petizione di eredità può altresì essere intentata contro un debitore della eredità, allorchè per sottrarsi al pagamento di ciò che ei deve all' eredità, pretende che essa gli appartenga, e la contrasta all' attore: *Item* (*peti potest hæreditas*, dice Ulpiano), *a debitore hæreditario quasi a juris possessore*; *nam et a juris possessoribus posse hæreditatem peti constat*; *l.* 13, § fin. *ff. d. tit.*

Il senso di questi termini, *quasi a juris possessore*, è che in virtù del rifiuto che fa questo debitore di pagare ciò che deve all' eredità, pretendendo che questa a lui appartenga, ei si mette in certa guisa in possesso di un diritto della eredità stessa; cioè del credito che il defunto aveva contro di lui, e ch' egli pretende essere passato nella sua pretesa qualità di erede.

Ma quando il debitore non pretende che la eredità, verso la quale egli è debitore, appartengagli, ma fonda il suo rifiuto di pagare all'attore ciò ch' egli dee alla eredità unicamente perchè l' attore non abbiagli, secondo lui, sufficientemente provato che detta eredità gli appartiene, ciò che ei deve provargli, affine di poterlo pagare con sicurezza; in tal caso, non vi è luogo alla petizione di eredità contro tal debitore, *qui nullum facit hæreditatis controversiam*: l'erede non ha in questo caso altra azione contro tal debitore, che quella che nasce dal credito del defunto, sopra la quale egli dee documentare la sua qualità di erede che ha fatto passare questa azione nella sua persona: *Si debitor hæreditarius non ideo nolit solvere quod se dicat hæredem, sed ideo, quod neget aut dubitet an hæreditas pertineat ad eum qui petit hæreditatem, non tenetur hæreditatis petitione*; *l.* 42, ff. *d. tit.*

375. Giusta i principj del diritto romano, il vero erede non aveva l' azione diretta di petizione di eredità, contro il possessore de' beni ereditarj, se non che quando tal possessore pretendeva avere nella sua propria persona diritto alla proprietà della successione; quando poi non la pretendeva che dipendentemente da un altro, dal quale egli aveva acquistati i diritti ereditarj, l'erede aveva soltanto contro di lui l'azione utile che produceva i medesimi effetti della diretta: *Si quis hæreditatem emerit, an utilis in eum petitio hæreditatis deberet dari ne singulis judiciis vexaretur? . . . Putat Gaius Cassius dandam utilem actionem*; *l.* 13, § 4, ff. *d. tit.* Questa distinzione delle azioni dirette ed utili, che non differiscono che *subtilitas juris*, è sconosciuta nel nostro diritto.

376. Si può ancora intentare la petizione di eredità contro colui, il quale più non possiede alcuna cosa attinente all'eredità, di cui pretende la proprietà, ma che ha cessato per dolo di posseder quelle cose che dianzi teneva presso di sè: *Si quis dolo fecerit quominus possideat, hæreditatis possessione tenebitur*; *l.* 13, § 14. Questo è ciò ch'era stato ordinato dalla costituzione di Adriano, riportata nella legge 20, § 6, ff. *d. tit.* ove è

detto: *Eos qui bona invasissent, quum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint quominus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent.*

377. Finalmente nella petizione di eredità egualmente che nell'azione di rivendicazione, quando l'attore ha citato taluno per rilasciar qualche cosa di cui lo eredea possessore, quantunque non la possedesse; se la parte citata, nell' intenzione d' ingannare l' attore, e per dare a colui che la possiede il tempo di acquistarla per diritto di usucapione, ha risposto alla domanda come s' ei possedesse la cosa sostenendo che la successione di cui faceva parte a lui apparteneva e non all'attore, egli deve essere sopra siffatta domanda condannato, non altrimenti che se egli realmente possedesse la cosa: *Qui se liti obtulit quum rem non possideret, condemnatur; l. 45, ff. de petit. hæred.*

Non sarebbe così se l' attore medesimo sapesse, che la parte citata non possedeva la cosa per cui l' ha citata; poichè in questo caso essa non lo avrebbe ingannato. Perciò il giureconsulto aggiunge immediatamente: *Nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis scire eum non possidere, quippe isto modo non est deceptus, et qui se hæreditatis petitioni obtulit, ex doli clausula tenetur: aestimari scilicet oportebit quanti ejus interfuit non decipi; d. l.*

SEZIONE II.

Cosa debba provare l'attore che esperimenta l'azione di petizione di eredità; e ciò che può essergli opposto. Se, e come, in pendenza di questa lite, i creditori dell'eredità ed i legatarj possano farsi pagare.

ARTICOLO PRIMO.

Di ciò che dee provare l'attore, e di ciò che può essergli opposto.

378. Quantunque nel giudizio di petizione di eredità, il possessore non sia condannato a rilasciare senonchè ciò ch' ei possiede di cose attinenti all'eredità del defunto, del quale l'attore è erede: tuttavia non sono propriamente coteste cose che vengono rivendicate in forza di tale azione, ma viene rivendicata la stessa eredità, perciò l'attore che intentò il giudizio di petizione di eredità, sia in qualità di unico erede di un tale, sia come erede parziale, dee sempre provare contro il reo convenuto, che gli contende l' eredità, che questa gli appartiene, sia per il totale sia per quella porzione per cui egli pretendesi erede; acciocchè dopo di averlo provato, il reo convenuto sia condannato a restituirgli, non già tutta l'eredità nè tutta quella parte della medesima eredità che appartiene all'attore, ma solamente tutti i beni di questa eredità ch' ei possiede; quali beni egli deve restituire, per il totale, quando l' attore è erede unico, e quando è erede in parte, per quella parte soltanto per la quale egli è erede: *Qui ex asse vel ex parte hæres est intendit quidem hæreditatem suam esse totam vel pro parte, sed hoc solum ei officio judicis restituitur quod adversarius possidet, aut totum si ex asse sit hæres, aut pro parte ex qua hæres est; l. 10, § 1, ff. d. tit.*

La petizione di eredità dee dunque misurarsi sul diritto che l'attore pretende in essa, e non su ciò che il convenuto ne possiede; laonde per poco che ne possegga, l'attore, in virtù della sua azione, rivendica contro di lui tutta l' eredità, ove sia erede unico; o tutta la parte per la quale egli è erede, quando non è che erede parziale: *Qui hæreditatem vel partem hæreditatis petit, is non ex eo metitur quod possessor occupavit, sed ex suo jure, et ideo sive ex asse hæres sit totam hæreditatem vindicabit, licet tu unam rem possideas; sive ex parte, licet tu totam hæreditatem possideas; l. 1, § 1, si pars hæred. pet.*

379. Allorquando l'attore, a cui viene contesa dai convenuti la successione, è un erede testamentario in quelle provincie che lo ammettono, esso dee giustificare il suo diritto nella eredità che rivendica, producendo il testamento nel quale egli asserisce di essere instituito erede.

Quando i convenuti sono quelli che

in mancanza di testamento verrebbero a succedere *ab intestato* al defunto, eglino sono ammessi a discutere sul testamento che forma la base della domanda dell'attore. Anzi essi possono, quando il testamento è olografo, domandare, prima di discutervi sopra, che sia verificato per mezzo di periti nominati dalle parti, se veramente è stato scritto e sottoscritto dalla mano del defunto.

Questa verificazione si fa sempre a spese della eredità, le parti che la domandano non essendo obbligate a conoscere il carattere del defunto. Ma quando la parte che ha chiesto questa verificazione, aveva una perfetta cognizione del carattere del defunto, essa è obbligata nel foro della coscienza a rimborsare l' eredità delle spese di questa verificazione, che ella fece fare per malizia senza che ve ne fosse bisogno.

380. Allorchè il testamento è un testamento solenne, non vi è luogo ad alcuna verificazione; la fede che è dovuta al funzionario pubblico, che lo ha ricevuto, assicura bastantemente la verità della sottoscrizione del testatore e de' testimonj, eccettochè i convenuti non volessero attaccare di falsità il testamento; nel qual caso questa accusa dovrebbe essere instrutta e giudicata prima di decidere sulla petizione di eredità; e se colui che ha promossa l' accusa non prova la falsità, dee esser condannato nelle spese, danni e interessi, a' quali vengono condannati coloro che intentano un' accusa calunniosa.

381. Si può fare opposizione al testamento su cui l' attore in petizione di eredità fonda la sua domanda, o per causa di nullità, a cagione di qualche difetto che si trovasse nella forma, o per fatti di suggestione, alla prova de'quali il giudice dee ammettere il reo convenuto che gli oppone, ove siano sufficientemente articolati.

Si possono opporre altresì contro del testamento i vizj che derivano dal motivo che indusse il testatore a farlo; come quando si può provare che sia stato fatto per motivo di capziosità, o per quello di un odio ingiusto, che il testatore nutriva contro i suoi figli. Una altra opposizione è quella che il testatore era incapace di testare, o aveva cangiato di volontà dopo aver fatto il suo testamento. Finalmente si può opporre all'attore esser egli incapace dell'istituzione fatta nella sua persona, o essere indegno. Il convenuto deve giustificare quanto asserisce contro al testamento.

382. Quando l' attore è un erede legittimo, per provare che la contrastatagli eredità gli appartiene, deve documentare al reo convenuto la sua genealogia colla quale dimostra il suo grado di parentela col defunto. Egli deve giustificare questa genealogia con documenti irrefragabili, come sono le fedi di battesimo, gli atti di celebrazione di matrimonio, le promesse di contratti matrimoniali, gli atti di divisione, ec.

Se l' attore pretende che tra le carte della successione, delle quali asserisce che il convenuto siasi impadronito, si trovano questi titoli genealogici, atti a provare e documentare la sua genealogia, egli è autorizzato a domandare che il convenuto li presenti e produca; o almeno, quando non abbia alcuna pruova ch'esso gli ha, venga obbligato a giurare di non averli.

383. Dopo che l'attore ha provata la sua genealogia, il possessore dee contradirla ove la giudichi non bene provata, o, se la crede sufficientemente stabilita, deve dal suo lato provare la sua, per giustificare ch' egli è in grado più prossimo dell'attore, e conseguentemente che non abbia luogo la domanda di questi; o per provare che egli è in grado eguale, e conseguentemente che la domanda non proceda che per la competente sua quota.

Se il possessore, contro il quale l'attore rivendica l'eredità del defunto *ab intestato*, se ne pretende erede testamentario, nelle provincie che ammettono gli eredi testamentarj, egli dee produrre il testamento nel quale fu instituito, farlo riconoscere, se è olografo, e l' attore dee opporvisi e fare le sue eccezioni ne' modi summentovati.

384. Fu chiesto se il possessore che si pretende erede testamentario possa, contro l' attore che rivendica l' eredi-

tà *ab intestato*, opporre come motivo d'inammissibilità, che l'attore ha approvato quel testamento ricevendo un legato particolare fattogli in esso? Paolo decide per la negativa: *Legitimam hæreditatem vindicare non prohibetur is qui, quum ignorabat vires testamenti, judicium defuncti secutus est*; *l.* 8, *ff. de hæred. pet.*

Ciò deve per altro dipendere dalle circostanze: allorché appare che per errore egli abbia ricevuto il legato, e che non giunse a sapere se non se dopo i difetti ch'egli intende di opporre contro quel testamento, non se gli può opporre verun motivo d'inammissibilità contro la domanda che intenta di buona fede, nè si deve credere che accettando il legato egli abbia rinunciato all'eredità *ab intestato*; avvegnachè nessuno può essere riputato rinunciare ad un diritto finchè ignora di averlo: ma se vi apparisse della mala fede, si potrà opporre in tal caso il motivo d'inammissibilità. Perciò lo stesso Paolo disse in un altro luogo: *Imperator Antoninus rescripsit, ei, qui legatum ex testamento abstulisset, causa cognita hæreditatis petitionem negandam esse, scilicet si manifesta calumnia sit*; *l.* 43, *ff. d. tit.*

385. Si fa un'altra quistione, cioè di sapere se quell'attore, che è stato ammesso ad intentare la petizione di eredità, debba perdere il suo legato nel caso che in giudizio definitivo non riesca vincitore? Paolo decide anche questa quistione per la negativa, quando non vi sia mala fede per parte dell'attore: *Postquam legatum a te accepi, hæreditatem peto. Atilicinus quibusdam placuisse ait non aliter mihi adversus te dandam petitionem, quam si legatum redderem: videamus ne non aliter petitor hereditatis legatum restituere debeat, quam ut ei caveatur, si contra eum de hæreditate judicatum fuerit, reddi ei legatum? Quum sit iniquum eo casu possessorem hæreditatis legatum quod solverit retinere, et maxime si non per calumniam, sed per errorem, hæreditatem petierit adversarius, idque et Laelius probat*; *d. l.* 43.

386. Quando colui che intenta la petizione di eredità è un cessionario di diritti ereditarj, egli deve provare tutto ciò che il suo cedente, in testa del quale egli la intenta, dovrebbe provare, e non può essergli opposto tutto ciò che si potrebbe opporre al suo cedente.

ARTICOLO II.

Dell'effetto della lite pendente sulla petizione di eredità.

§ 1. *Del suo effetto rispetto alle parti litiganti.*

387. Uno degli effetti della lite sulla petizione di eredità è che durante la sua pendenza, essa sospende i diritti che l'una e l'altra parte aveva contro il defunto, fino alla sentenza definitiva che deve esser pronunciata sulla petizione di eredità. Imperciocchè il destino di queste azioni dipende dalla sentenza che deve intervenire; se questa dichiara che la eredità appartiene a colui che avea coteste azioni contro il defunto, non vi è più luogo all'esercizio di esse, perchè nella sua qualità di erede esse vengono a confondersi nella sua persona; ma ad esse si dà luogo quando l'eredità viene dichiarata appartenere al suo avversario, contro il quale egli può dopo tale sentenza esercitarle.

388. L'esercizio di queste azioni venendo impedito dalla lite sulla petizione di eredità, il tempo della prescrizione contro di esse sarà egli del pari sospeso durante tal lite? Io non lo credo; non deve essere in facoltà di un creditore della successione il prorogare il tempo della sua azione, facendo una cattiva lite. Se la lite impedisce ch'egli possa procedere sopra queste azioni, egli può almeno, per impedire il tempo della prescrizione, proporle in un atto di procedura durante la detta lite salvo a sospenderne la procedura sino alla sentenza definitiva.

Si obbietterà forse ch'egli non può proporre siffatte azioni, perchè proponendole verrebbe a contraddire alla sua pretensione che l'eredità gli appartenga: io rispondo ch'ei può benissimo proporle con conclusioni subordinate, dichiarando che ciò è sol-

tanto pel caso in cui, contro ogni sua speranza, il giudizio che deve pronunciarsi sulla petizione di eredità, la dichiarasse di pertinenza del suo avversario.

389. Passiamo al caso inverso: quando l'eredità ha qualche azione contro una delle parti che si contrastano la successione, la lite che pende sulla petizione di eredità, pare che la debba anche sospendere sin dopo la sentenza che deve pronunciarsi sulla petizione di eredità; poichè da tale sentenza dipende la sorte di tale azione. Se in forza di tale sentenza la successione è dichiarata appartenere al debitore, l'azione troverassi essere estinta e confusa; se al contrario la successione è dichiarata appartenere all'altra parte, questa la eserciterà contro tal debitore.

Nondimeno se il debitore di una eredità istituisce contro la persona che si trova in possesso de' beni ereditarj, un giudizio di petizione di eredità, che sembrasse destituito di fondamento, cotal possessore dovrebbe essere ammesso, eziandio in pendenza della lite, a chiedergli ed esiger da lui ciò che deve alla successione, coll'obbligo di restituirglielo nel caso ch'egli ottenesse definitivamente l'intento della sua istanza; non dovendo essere in facoltà di un debitore della eredità di protrarre il pagamento di ciò ch'ei deve, intentando senza fondamento un giudizio di petizione di eredità.

390. Egli è evidente che la petizione di eredità sospende l'azione di divisione; poichè per dividere una eredità, fa d'uopo preliminarmente decidere tra quali persone si debba fare tal divisione, e quale sia la quota che spetta a cadauna di esse.

391. Un altro effetto della lite sulla petizione di eredità, è che dal momento che la domanda è promossa, non è più permesso al possessore dei beni ereditarj di alienarli in benchè minima parte: *D. Pius rescripsit prohibendum possessorem hæreditatis de qua controversia erit, antequam lis inchoaretur; aliquid ex ea distrahere*; *l.* 5, ff. *de hæred. petit.*

Questa regola però va soggetta ad alcune eccezioni; per esempio, si deve permettere al possessore di vendere le cose che possono andare a male: *Res tempore perituras permettere debit Praetor distrahere*; *l.* 5.

Se gli deve parimenti permettere di vendere qualche fondo in mancanza di mobili, per pagare i debiti dell'eredità, e prevenire un sequestro reale de' beni della medesima, che i creditori potrebbero fare: *Si futurum est, ut nisi pecunia intra diem solvatur, pignus distrahatur*; *d. l.* 5.

Quando vi sono alcune spese necessarie da fare per la conservazione de' beni della eredità, si deve permettere di vendere sino all'ammontar della somma necessaria per farle: *Non solum ad aes alienum hæreditarium exsolvendum necessaria alienatio possessori est, sed etsi impensae necessariae in rem hæreditariam factae sunt a possessore, vel si mora periturae deterioresve futurae erant*; *l.* 53, ff. *d. tit.*

In tutti questi casi, quando il giudice ha permesso al possessore di vendere, durante la lite, alcuni beni della eredità, se ne deve fare la vendita chiamandovi le parti.

§ 2. *Dell'effetto della lite pendente sulla petizione dell'eredità rispetto ai terzi, quali sono i creditori della successione ed i legatarj.*

392. La lite sulla petizione di eredità tra due parti che si contendono la successione, non deve impedire ai creditori di essa di esser pagati: essi non ne debbono risentir pregiudizio.

Giustiniano nella legge *fin.* Cod. *de petit. hæred.* distingue a questo proposito fra i creditori di cose certe e determinate, ed i creditori di una somma di danaro. I creditori di cose certe e determinate che si trovano esistere in natura presso colui, che si è messo in possesso de' beni della eredità, come sono coloro che vanno creditori della restituzione di una certa cosa che hanno prestata o affidata in deposito al defunto, possono agire contro tal possessore presso il quale si trova la cosa, che non può ricusare di renderla a questo creditore, il quale gli renderà dal canto suo la ricevuta riguardante il prestito o il deposito, che il defunto gli avea rilasciata.

Se questo creditore di cose certe e determinate avesse promossa la domanda contro l'erede attore in causa di petizione di eredità, presso il quale non si trova la cosa, cotesto erede avrebbe ragione di pretender ch'egli fosse obbligato a ricorrere contro il possessore che ritiene la cosa; imperocchè un debitore di cosa certa e determinata non è tenuto a restituirla, quando senza suo fatto o colpa un terzo gliene ha tolto il possesso.

393. Riguardo ai creditori di somme pecuniarie, Giustiniano decide che eglino possono rivolgersi tanto contro l'una quanto contro l'altra delle parti che si disputano la successione, senza che nè l'una nè l'altra possa pretendere che si soprassieda alla domanda del creditore, sino alla decisione della causa sulla petizione di eredità.

Quantunque l'attore in causa di petizione di eredità non si trovi ancora in possesso de' beni ereditarj, tuttavia in virtù della sola qualità di erede, che egli pretende avere, è tenuto a pagare i debiti della successione, salvo che nel caso in cui questa venisse dichiarata appartenere al suo avversario, avrà contro di esso il diritto di ripetere quanto fosse stato obbligato a pagare a questo creditore della eredità. Tale è la decisione di Giustiniano. Io però son d'avviso che si debba avere maggior riguardo all'attore in causa di petizione di eredità, e che, sulla domanda contro di lui promossa dal creditore, egli debba essere ammesso a denunciarla al possessore che gli contende l'eredità, ed a concludere contro di esso affine che sia tenuto a sentire le pretese del credito, ed a pagarlo dopo che il creditore lo avrà provato, salvo a farsi bonificare il pagamento che ne avrà fatto, nel conto che dovrà rendere all'attore, ove questi ottenga l'intento.

394. Riguardo ai legatarj, se la domanda di petizione di eredità fosse tra due parti, l'una delle quali si pretendesse erede testamentaria, e quindi la questione sulla validità del testamento formasse l'oggetto della lite, i legatarj, il diritto de' quali dipende dalla questione medesima, dovrebbero attendere pel pagamento de' loro legati la decisione della lite; potrebbero intervenirvi e sostenervi insieme con l'erede testamentario la validità del testamento.

Se la lite sulla domanda di petizione di eredità vertesse fra delle parti che si contendessero a vicenda l'eredità *ab intestato*, e che in conseguenza non vi fosse questione di testamento, i legatarj potrebbero allora instituire la loro domanda in rilascio e pagamento del loro rispettivo legato, contro quella parte che si è messa in possesso de' beni ereditarj, senza ch'ella possa domandare che si soprassieda sino alla decisione sul punto della petizione di eredità.

SEZIONE III.

Della restituzione che deve farsi all'attore che ottenne l'intento nella sua petizione di eredità.

Siccome vi sono parecchie differenze da farsi tra i possessori di buona fede e quelli di mala fede per la restituzione che deve farsi all'attore, che ha ottenuto il suo intento in causa di petizione di eredità, e per le prestazioni personali di cui tratteremo nella sezione seguente, così noi vedremo nel primo paragrafo chi sieno coloro che diconsi possessori di buona fede; vedremo nel secondo, quali sieno le cose che il possessore deve restituire all'attore che ha ottenuto il suo intento nella petizione di eredità; nel terzo, quali siano le differenze tra il possessore di buona fede, e quello di mala fede, per rapporto alle cose che ha cessato di possedere. Vedremo finalmente nel quarto, per quale porzione la restituzione debba esser fatta all'attore che è erede parziale.

§ I. *Chi siano i possessori di buona fede e quelli di mala fede.*

395. In fatto di petizione di eredità, si chiamano possessori di buona fede coloro i quali si sono messi in possesso de' beni di un'eredità, che credevano di buona fede loro appartenere. Tale è la nozione che ci danno que' termini della costituzione di

Adriano, *Qui se hæredes existimant*; *l.* 20, § 6, ff. *de petit. hæred.*

Per esempio, una persona instituita erede nel testamento di un defunto, in quelle provincie dove è ammessa l'istituzione di erede, si è messa in possesso in virtù di tal testamento dei beni di questo defunto, non sapendo che il testatore lo avesse rivocato con un altro testamento comparso dappoi; questo è un possessore di buona fede.

Un parente si è messo in possesso de' beni dell'eredità del suo parente, credendo di essere in grado da succedergli, comechè fossevi un'altra persona a lui sconosciuta, la quale si trovasse in un grado più prossimo di lui: questo è un possessore di buona fede.

Al contrario, chiamasi possessore di mala fede, o *praedo*, colui che si è messo in possesso de' beni di una eredità che sapeva non appartenergli. Questa è la nozione che ci dà la costituzione di Adriano, con quei termini: *Qui bona invasissent quum scirent ad se non pertinere*: *d. l.* 20, § 6

Quid, s' egli credeva bensì che la successione gli appartenesse, ma per errore di diritto? Egli non lascia di esser possessore di buona fede, *scire ad se non pertinere*, dice Ulpiano, spiegando l'editto di Adriano, *utrum is tantummodo videtur*, *qui factum scit, an et is qui in jure erravit? Putavit enim recte factum testamentum, quum inutile erat..... non puto hunc esse praedonem qui dolo caret, quamvis in jure erret*; *l.* 25, § 6, ff. *d. tit.*

396. Che bassi egli a decidere riguardo a colui, il quale credeva di buona fede che gli appartenesse la eredita quando si è messo in possesso de' beni, ma che seppe dappoi che non gli apparteneva? Ulpiano decide, che, seguendo lo spirito piuttosto che la lettera della costituzione di Adriano, egli è divenuto, in forza di questa cognizione sopraggiuntagli, possessore di mala fede: *De eo loquitur Senatus, qui ab initio mente praedonis res hæreditarias apprehendit. Quod si ab initio quidem justam causam habuit adipiscendae possessionis, postea vero conscius ad se nihil hæreditatem pertinere, praedonis more versari coepit*, *nihil Senatus loqui videtur: puto tamen et ad eum mentem senatus-consulti pertinere; parvi enim refert ab initio quis dolose in hæreditate sit versatus*, *an postea hoc facere coepit*; *d. l.* 25, § 5.

397. Noi abbiamo già osservato nel capitolo precedente, *supra*, n. 317, che in materia di petizione d'eredità, come in fatto di rivendicazione, le differenze tra il possessore di buona e quello di mala fede non hanno luogo, che per quel tempo che ha preceduto la domanda; il possessore di buona fede cessa di esser tale al momento della domanda, attesa la cognizione che l'attore gli dà de' suoi titoli di proprietà.

Ce ne rimane però ancora una che noi osserveremo più abbasso.

§ 2. *Quali siano le cose che il possessore deve restituire all'attore, che ottenne l'intento nella sua azione di petizione di eredità.*

398. Allorchè l'attore in petizione di eredita ha provato che la successione che egli rivendica, gli appartiene, e che ne ha in conseguenza ottenuta sentenza di condanna contro il possessore che si è impadronito de' beni della successione, questo possessore deve restituire tutte le cose dipendenti dalla successione che tiene presso di sè, tanto i diritti ereditarj, quanto le cose corporali: *Placuit universas res hæreditarias in hoc judicium venire*, *sive jura*, *sive corpora sint*: *l.* 19, § 2, ff. *de petit. hæred.*

In qual senso il reo convenuto in causa di petizione di eredità è egli considerato possedere un diritto ereditario, e doverlo restituire? Bisogna supporre che la domanda di petizione di eredità sia stata promossa contro un debitore del defunto, che, come abbiamo osservato *supra*, n. 374, contrastando l'eredità del defunto, si è messo in certa guisa in possesso di questo credito che il defunto aveva verso di lui, e che lo ha lasciato nella eredità, pretendendo che essendo erede del defunto questo credito fosse passato nella sua persona. La sen-

tenza pronunciata sul giudizio di petizione di eredità, giudicando non essere egli erede, decide che il credito che ha contro di lui l' eredità, non gli appartiene, e che male a proposito ei se ne è arrogato il possesso. Egli dee dunque restituirlo all'attore a cui la successione appartiene; e se ne fa la restituzione pagando la somma, o la cosa da lui dovuta, che forma l' oggetto di questo credito.

399. Il possessore dee restituire all'attore non solo le cose attinenti alla eredità, ma eziandio quelle di cui il defunto non aveva che la nuda ritenzione, come sono quelle che erano state prestate o affidate, o date in pegno al defunto. Quando il possessore le ha presso di se, l' attore essendo nella sua qualità di erede tenuto a restituirle a coloro da' quali il defunto le avea ricevute, è di suo interesse, per poter liberarsi dalla sua obbligazione, il far sì che il possessore, presso cui si trovano, gliele restituisca: *Non tantum hæreditaria corpora, sed et quae non sunt hæreditaria, quorum periculum ad hæredem pertinet, ut res pignoris datae defuncto, vel commodatae depositaeve*; *l.* 19.

400. Tra le cose appartenenti ad una eredità comprender si debbono non solamente quelle che esistevano al tempo in cui morì il defunto, e che egli ha lasciate nella sua eredità, ma parimente tutto ciò che è nato e derivato da dette cose, come sono i frutti da esse prodotti; conciossiachè tutte le cose provenute da cose attinenti ad una eredità, appartengono elleno stesse a questa eredità, e formano parte di ciò che la compone. Questa è la dottrina di Ulpiano: *Non solum ea quae mortis tempore fuerunt, sed etsi quae postea augmenta hæreditati accesserunt, venire in hæreditatis petitionem; nam hæreditatis et augmentum recipit et diminutionem*; *l.* 20, § 3, *ff. de petit hæred.* Egli poi dà questi esempj: *Fructus omnes augent hæreditatem, sive ante aditam, sive post aditam hæreditatem accesserint. d.* § 3: *augent hæreditatem gregum et pecudum partus*: *l.* 25, § fin. *ff d. tit. Quod si oves natae sint, deinde ex his aliae, hac quoque quasi augmentum restitui debent*; *l.* 26, *ff d. tit.*

Dovendosi questi frutti restituire all'attore, per la ragione che essendo provenuti dalle cose della eredità, la compongono eglino stessi e ne fanno parte; ne segue che poco importa che l' attore, al quale i beni della eredità appartengono, avesse dovuto o no perciperli: *Quum hæreditas petita sit, eos fructu quos possessor percepit omnimodo restituendos, etsi petitor eos percepturus non fuerat*; *l.* 56, *ff. d. tit.*

401. Il possessore dee egualmente restituire, come cose dipendenti dalla eredità, le azioni che egli ha acquistate rapporto a qualche cosa ad essa attinente. Per esempio, s' egli da un terzo è stato violentemente spogliato di un fondo della eredità, di cui era in possesso, o se ne ha accordato a taluno il possesso precario, egli deve comprendere nella restituzione che dee fare all' attore le azioni di reintegrazione e di precario che gli competono per farsi restituire questo fondo, e surrogarvi in sua vece l' attore: *Actiones, si quas possessor nactus est, e ric'a hæreditate restituere debet, veluti interdictum unde vi, aut si quid precario concessit*; *l.* 40, § 2, *de pet. hæred.*

402. Parimenti, il possessore dee restituire all' erede, che ha ottenuto l' intento nella sua petizione di eredità, non solamente i fondi ereditarj, ma eziandio tutte le cose che servono a coltivarli, come sono i bestiami, gli stromenti aratorj, i tini, i torchj, specialmente quando tali cose furono acquistate co' danari della eredità, ma pur anco nel caso in cui il possessore ne avesse fatto la compra co' suoi proprj danari; salvo di farsi in questo caso compensare di quanto le stesse gli hanno costato dall' erede al quale restituisce i beni ereditarj: questo è ciò che insegna Ulpiano: *Ita veniunt in hæreditatem etiam ea quæ hæreditatis causa comparata sunt, ut puta, mancipia pecoraque, et si quæ alia quae necessario hereditati sunt comparata; etsi quidem pecunia hæreditaria sunt comparata, sine dubio veniunt; si vero non pecunia hæreditaria, videndum*

erit. Et puto etiam haec venire, si magna utilitas haereditatis versetur, pretium scilicet restituturo hærede; l. 20, ff. d. tit.

403. Quantunque certe cose sieno state acquistate co' denari dell'eredità, quando il possessore non le abbia acquistate per essa, ma per sè, egli non è obbligato, perchè tali cose sono state acquistate co' denari della eredità, a restituirle all' erede a cui è condannato a restituire i beni ereditarj; salvo a questo possessore di render conto, nel modo che vedremo in appresso, dei denari ch' egli ha avuti dall' eredità. Questo è pure ciò che insegna Ulpiano: *Non omnia quae ex hæreditaria pecunia comparata sunt, in hæreditatis petitionem veniunt. Denique, scribit Julianus, si possessor ex pecunia haereditaria hominem emerit, et ab eo petatur hæreditas, ita venire in hæreditatis petitionem, si hæreditatis interfuit eum emi; at si sui causa emit, pretium venire; d. l. 20, § 1.*

Ci si opporrà forse ciò che abbiamo detto qui sopra, che tutte le cose provenute dalle cose appartenenti alla eredità, appartengono elleno stesse all'eredità. Io rispondo che noi non riguardiamo come provenute dalle cose appartenenti all' eredità, senonchè quelle che ne sono produzioni naturali, come sarebbero i frutti; ma non è lo stesso di ciò che ne è provenuto *extrinsecus*, come sono le cose all'acquisto delle quali hanno potuto servire i denari dell' eredità. Lo stesso Ulpiano ci porge questa distinzione: *Ea quae post aditam haereditatem accedunt, si quidem ex ipsa haereditatem, puto hæreditati accedere; si extrinsecus, non: quia personae possessoris accedunt; d. l. 20, § 3.*

404. Ci resta ad osservare, che nella restituzione che dee farsi all' attore in esecuzione della sentenza in suo favor pronunciata nel giudizio di petizione di eredità il possessore, contro il quale è stata pronunciata, vi deve comprendere tutte le cose ereditarie, non solamente quelle che ei possedeva già al tempo della domanda contro di lui promossa, ma eziandio quelle che incominciò a possedere dopo la lite: *Si quo tempore conveniebatur possessor hæreditatis, pauciores res possidebat, deinde aliarum quoque rerum possessionem adsumpsit, eas quoque victus restituere debebit, sive ante receptum judicium sive postea acquisierit possessionem; l. 41, ff. d. tit.*

405. Più; quand'anche il reo convenuto non avesse posseduto nulla che derivasse dell' eredità al tempo della domanda contro di lui promossa, comechè la domanda non paresse allora procedere contro di lui; se dopo questa domanda egli ha incominciato a posseder qualche cosa attinente all' eredità, dee esser condannato a restituirla: *Si quis, quum peteretur ab eo hæreditas neque rei neque juris velut possessor erat, verum postea aliquid adeptus est, an petitione hæreditatis videatur teneri Celsus, lib. 4. ff. recte scribit, hunc condemnandum, licet ab initio nihil possedit; l. 18, § 1, d. tit.*

§ 3. *Della differenza tra il possessore di buona fede e quello di mala fede, per rapporto alle cose ch'eglino hanno cessato o mancato di possedere.*

406. Non vi è alcun divario tra il possessor di buona fede e quello di mala fede, per rapporto alle cose dipendenti dall' eredità, che si trovano in loro possesso all' epoca della restituzione che si deve fare all' attore in petizione di eredità, il quale ha ottenuto sentenza favorevole sopra la sua domanda. Sì l'uno che l'altro è tenuto a restituirle.

Avvi però una grandissima differenza tra loro rapporto a quelle cose ch'eglino hanno cessato o anche mancato di possedere. Il possessore di mala fede è tenuto alla restituzione di quelle ch'egli ha, per di lui fatto o colpa, cessato oppur mancato di possedere, come se le possedesse ancora; al contrario, il possessore di buona fede non è tenuto alla restituzione delle cose, che ha cessato di possedere, finchè credeva di buona fede che gli appartenesse l' eredità da cui dipendevano, e molto meno di quelle che non ha posseduto: soltanto allorchè egli ha ritratto qualche vantaggio da

quello che ha cessato di possedere, sia col venderle o altrimenti, è soggetto ad una prestazione personale della somma di cui trovasi aver profittato, come lo vedremo nella sezione seguente.

Cotesta differenza tra il possessore di mala e quello di buona fede, si rinviene prescritta dallo stesso senatus-consulto, emanato sulla costituzione di Adriano (1) ove è detto: *Eos qui bona invasissent, quum scirent ad se non pertinere, etiam si ante litem contestatam fecerint quominus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent; eos autem qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo duntaxat quo locupletiores ex ea re facti essent*; *l.* 20, § 6, ff. *d. tit.*

La ragione di tal differenza deriva da ciò che la cognizione che ha un possessore, che la successione dei beni, di cui si è messo in possesso, non gli appartiene, fa ad esso contrarre verso il vero erede l' obbligo di restituirglieli; allorchè dunque a pregiudizio di questa obbligazione egli dispone di uno dei detti beni, o cessa per di lui fatto in qualsivoglia modo di possederlo, egli commette un dolo verso quest' erede, a cui è obbligato a restituirli; e questo dolo dee farlo considerare e condannare a restituirli, come se tuttora li possedesse: *Qui dolo desiit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est*; *l.* 131, ff. *de reg. jur.* Al contrario, il possessore che crede di buona fede che la successione de'beni, di cui si è posto in possesso, gli appartenga, può lecitamente disporre delle cose che ne fanno parte, e cessare, in quel modo che reputa più conveniente, di posseder tali cose ch' ei crede di buona fede appartenergli, non commettendo in ciò veruna sorta di dolo verso chicchessia. Egli non ha potuto certamente contrarre, riguardo a dette cose, alcuna obbligazione verso il vero erede al quale ignorava che appartenessero; nè ha cominciato ad obbligarsi verso questo erede senonchè dal giorno che questi si è presentato, ed ha documentato in modo concludente il proprio diritto, e non può riputarsi essersi obbligato a restituire, che le cose dipendenti dall'eredità che avesse presso di sè in detto giorno, ed il profitto ch'ei trovasi avere di quelle che non ha più, non permettendo l'equità di profittare ad altrui spese.

407. Ulpiano, interpretando il summentovato senatus-consulto, sopra quei termini, *fecerint quominus possiderent*, dice, *accipies sive dolo, desierit possedisse, sive dolo noluerit possessionem admittere*; *d. l.* 25, § 8. *Finge* per esempio che una persona alla quale il defunto aveva prestata una cosa, si fosse recata a restituirla al possessore di mala fede, che si è messo in possesso de' beni dell' eredità di quel defunto; questo possessore non ha voluto riceverla, dicendole che gliene faceva un dono; tuttochè ei non possegga, nè abbia mai posseduta quella tal cosa, egli è però tenuto a restituirla come appunto se la possedesse: ; imperciocchè lo aver disposto di questa cosa, che ben sapeva non appartenergli, è un dolo che dee farlo considerare come se la possedesse: *Pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est*; *d. l.* 131, ff. *de reg. jur.*

408. Il principio, che il possessore di mala fede, il quale ha cessato per suo fatto e dolo di possedere, sia tenuto alla restituzione della cosa di cui abbandonò il possesso, come se la possedesse tuttora, ha luogo tanto nel caso che la cosa abbia cessato di esistere, quanto in quello ch'essa esistesse ancora nelle mani di un' altra persona a favor della quale questo possessore ne avesse disposto; allora spetta all'erede la scelta di chiedere la restituzione, o a colui che ha cessato di possederla, o al terzo che la possiede. Perlochè Ulpiano, interpretando que' termini della costituzione di Adriano, *perinde condemnandos quasi possiderent*, dice: *Si ab alio res possideatur, sive in totum non extat, lo-*

(1) Gl'imperatori romani non ardivano ancora attribuirsi la podestà reale e legislativa; quand'essi volevano far passare una costituzione su qualche materia, la facevano proporre in senato, *per suos quaestores candidatos*, ed il senato, che ad essi era ligio, non mancava di adottare un senatus-consulto in conformità.

cum habebit haec clausola; unde si sit alius possessor, ab utroque hæreditas peti posset; et si per multos ambulaverit possessio, omnes tenebuntur; *l.* 25, § 8.

409. L'altro principio che il possessore di mala fede è tenuto alla restituzione delle cose dipendenti dall'eredità ch' egli ha vendute, come appunto se non le avesse vendute, e le possedesse tuttora, soffre eccezione in due casi.

Il primo è, allorquando la vendita è stata fatta per vantaggio dell' eredità, nel qual caso il possessore non è obbligato che a render conto del prezzo ricavato dalla vendita stessa. Così insegna Ulpiano: *Si fundum hæreditarium distraxit* (*possessor malae fidei scilicet*), *si quidem sine causa, et ipsum fundum et fructus in hæreditatis petitionem venire, quod si aeris axsolvendi gratia haereditarii id fecit, non amplius venire quam pretium*; *d. l.* 20, § 2, *ff. d. tit.*

410. Il secondo caso è, quando l'erede trova maggior vantaggio nel farsi render conto dal possessor di mala fede, del prezzo della vendita da esso fatta di una cosa attenente all'eredità, che nel farlo considerare come se non l'avesse venduta: *Si praedo dolo desiisset* (1) *possidere, res autem eo modo interierit* (2) *quod esset interitura, etsi eadem causa possessionis mansisset, quantum ad* (3) *verba senatus consulti, mel or est causa praedonis quam bonae fidei possessoris; quia praedo* (4) *si dolo desierit possidere, ita condemnetur atque si possideret, nec adjectum esset, si res interierit: sed non est dubium quia non debeat melioris esse condictionis praebo quam bonae fidei possessor; itaque* (5) *etsi pluris venierit res, electio debebit esse actoris ut pretium consequator, alioquin lucretur aliquid praedo*, *l.* 36, § 3, *ff. de petit hæred.*

411. Il possessor di mala fede condannato che sia, secondo il precitato senatus-consulto, a restituire all' erede le cose ereditarie delle quali ha di mala fede disposto, come se le possedesse tuttora, non potendo egli soddisfare a questa condanna, perchè non ha più dette cose in suo possesso, nè essendo più in suo potere il ricuperarle, la condanna allor si converte in quella dei danni e interessi che soffre l' erede per la privazione di tali cose.

Secondo il diritto, si dovrebbe in tal caso, riguardo alla somma a cui ascendono questi danni e interessi,

(1) Col vendere una cosa attinente ad una eredità che sapeva non appartenergli, dei beni della quale ei sapeva in conseguenza non avere diritto di disporre.

(2) Dopo la vendita ch' egli ne ha fatta.

(3) Riportare *supra*, n 406.

(4) Il senso è, ove vogliamo attenerci puramente ai termini del senatus consulto, il quale ordina che il possessor di mala fede, *qui dolo desiit possidere*, vendendo una cosa della eredità venga considerato come se non l' avesse punto venduta, come se avesse continuato a possederla, e che rimanga in conseguenza debitore della cosa *in specie*.

Il quale senatus-consulto non si è d'altronde spiegato sul caso in cui la cosa fosse perita per un avvenimento fortuito dopo la vendita fattane dal possessore di mala fede, ne seguirebbe che in questo caso la condizione del possessor di mala fede sarebbe migliore di quella del possessor di buona fede, imperocchè il possessor di mala fede rimanendo debitore *in specie* della cosa da lui venduta, sarebbe interamente liberato dalla sua obbligazione in forza del deperimento di essa posteriormente accaduto per un caso fortuito, come lo sono tutti i debitori di una cosa *in specie*, in virtù della perdita della cosa dovuta sopravvenuta per un caso fortuito. Al contrario il possessor di buona fede, non essendo debitore che della somma per la quale ha venduta la cosa, non sarebbe liberato dalla sua obbligazione ancorchè venisse casualmente a perire la cosa da lui venduta, giacchè questa non formerebbe più l' oggetto della sua obbligazione: la condizione del possessor di mala fede verrebbe quindi ad esser in questo caso migliore di quella del possessor di buona fede; lo che sarebbe un assurdo. Dunque convien dire, che la disposizione del senatus-consulto, il quale ordina che il possessor di mala fede, *qui dolo desiit possidere res haereditas*, sia riguardato come se tuttavia le possedesse, e come rimasto debitore di tali cose *in specie*, essendo questa una disposizione stabilita unicamente in favor dell' erede l'erede può non giovarsene, giusta il principio, *licet juri in suum favorem introducto renuntiare*, e ch'egli possa, invece di ciò, domandar conto a questo possessore delle somme da lui ricevute o che doveva ricevere per il prezzo delle cose ereditarie ch' egli ha vendute.

(5) Questo è un altro caso in cui l'erede trova maggior vantaggio a farsi render conto del prezzo pel quale la cosa è stata venduta, che a farsela restituire in natura; deve in tal caso, egualmente che in tutti gli altri, competere all' erede la scelta di quella azione che gli sembra più vantaggiosa.

riportarsi al giuramento *in litem* dell' erede: *Tam adversus eum qui dolo fecit quominus possideat, quum adversus possidentem* (1) *in litem juratur*; *l.* 25, § 10, *de haered. petit.*

Giusta la pratica francese, non si deferisce il giuramento *in litem*, ma i danni e interessi debbon fissarsi dai periti nominati dalle parti, che avessero cognizione delle cose che il possessore ha mancato di presentare.

Qualche volta il giudice li fissa egli stesso.

412. Finalmente il possessore di mala fede è tenuto a restituire all' erede il prezzo delle cose attinenti alla eredità che sono perite, sebbene per un fortuito accidente, nel caso però in cui fosse verisimile che, se egli le avesse restituite all' erede, questo erede le avrebbe vendute, e per tal mezzo ne avrebbe evitata la perdita. Il possessore è parimente tenuto a restituire il prezzo delle cose ereditarie che un terzo ha acquistate per dritto di usucapione, cui l' erede avrebbe potuto interrompere, se questo possessore di mala fede gli avesse restituiti i titoli e documenti della eredità: *Restituere pretia debebit possessor, etsi deperditae sint res vel diminutae . . . . quia si petitor rem consecutus esset, distraxisset, et verum rei pretium non perderet*; *d. l.* 20, § fin *ff. de petit. hæred. Deperditum intelligitur, quod in rerum natura esse desiit, diminutum vero quod usucaptum est, et ob id de haereditate exiit*; *l.* 21, *ff. d. tit.*

413. Allorchè un tutore con mala fede si è messo in possesso, nel suo nome di tutore pel suo minore, dei beni di una eredità che sapeva non appartenere al suo minore, il giureconsulto Aristone opinava che sulla petizione di eredità promossa dal vero erede, contro il minore escito dalla tutela, il minore dovesse esser condannato alla restituzione delle cose ereditarie che il suo tutore aveva lasciate perire, o che in qualsivoglia modo aveva cessato, per suo dolo o colpa, di possedere; purchè per altro il suo tutore fosse solvibile, e che questo minore potesse, per le condanne pronunciate contro di lui, avere un regresso efficace contro questo tutore. Pomponio, che riferisce una siffatta opinione, decide, con più ragione, dover bastare in tal caso che il minore ceda all' erede l' azione che egli ha contro del suo tutore per farsi render conto di dette cose; conciossiachè l' equità non permette che egli soggiaccia a delle condanne per dolo e colpa del suo tutore, della quale è innocente: *Elegantius dici potest actiones duntaxat quas haberet cum tutore pupillus, petitori hæreditatis præstandas esse*; *l.* 61, *ff. de adm. et per. tut.*

§ 4. *Per quale porzione debba farsi la restituzione, quando l' attore in causa di petizione di eredità, non è che un erede parziale.*

414. Quando l' attore in causa di petizione di eredità non è che erede parziale, *puta*, per un quarto, e che in conseguenza ha rivendicato con questa azione soltanto la parte che gli compete in detta eredità; il possessore, contro il quale la domanda è stata promossa, non è tenuto, in esecuzione della sentenza che ha fatto ragione sopra la di lui azione, a restituire all' attore che la porzione indivisa ne' beni che questo possessore ritiene presso di sè, per poco che ne possegga, e che appartenga a questo attore; *puta* il quarto per indiviso, s' egli è erede per un quarto. Conciossiachè l' attore, finchè non siavi stata ancora veruna divisione, non ha che la parte indivisa per la quale egli è erede in ciascuna di quelle cose che compongono l' eredità: nè per altro mezzo che per quello dell' azione *familiae erciscundae*, che deve seguire quella di petizione di eredità, può questo erede parziale ottenere una parte certa e determinata ne' beni ereditarii. *Non possumus consequi*, dice Giuliano, *per hæreditatis petitionem id quod judicio familiae erciscundae consequimur, ut a communione discedamus, quum ad officium judicis nihil amplius pertineat, quam ut partem hæreditatis pro*

(1) Qui quamvis res possideat per contumaciam non vult eam restituire et eam abscondet.

indiviso restitui mihi jubeat; *l.* 7, ff. *si pars hoered. pet.*

415. Ciò ha luogo allorchè il possessore, contro cui l' erede parziale rivendicò la porzione che gli apparteneva nella eredità, è egli medesimo erede, per le altre porzioni; ma quando il possessore, contro il quale fu pronunciata la sentenza, è un usurpatore che si è messo senza diritto in possesso de' beni ereditarj che male a proposito pretese appartenergli, sebbene, giusta il rigore e la sottigliezza del diritto, l' attore non possa esigere che la sola porzione indivisa, per la quale egli e erede de' beni ereditarj che trovansi nelle mani di tal possessore, ciò non di meno l' equità vuole che, fino a tanto che coloro i quali sono eredi per le altre porzioni si presentino, tutte le cose ereditarie che sono nelle mani di tal possessore vengano consegnate intieramente a questo erede quantunque parziale, anzichè lasciarle a quell' usurpatore che non ha alcun diritto a tali beni. L' erede parziale, a cui verranno rimesse, dee soltanto in tal caso obbligarsi di rispondere per esso riguardo a dette cose, alle domande di eredità che potessero essere promosse contro di lui dagli eredi delle altre porzioni.

SEZIONE IV.

Delle prestazioni personali alle quali è tenuto il possessore sulla domanda in punto di petizione di eredità.

416. Sebbene la petizione di eredità sia principalmente un' azione reale, che nasce dal dominio che ha l' attore sopra l' eredità cui rivendica con questa azione, sia pel totale quando egli è unico erede, sia per la parte quando è erede parziale; nondimeno essa comprende delle prestazioni personali alle quali è tenuto il possessore contro cui questa azione è promossa, e che nascono dalle obbligazioni che si reputano contratte da detto possessore verso l' erede attore in petizione di eredità. Lo che fece dire ad Ulpiano: *Petitio hæreditatis etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales*; *l.* 25, §. 18, ff. *de petit. haered.*

Queste prestazioni personali consistono nel conto che dee rendere il possessore di ciò che ha ricevuto dai debitori della eredità, del prezzo ricavato dalle vendite de' beni ereditarj, de' frutti che egli ne ha percetti, e quando il possessore è di mala fede, anche di quelli che poteva percipere, e generalmente di tutti i profitti da lui ricavati da' beni ereditarj; come pure quando è un possessore di mala fede, egli deve render conto de' guasti e deteriorazioni avvenute per di lui fatto o colpa in tali beni: *Petitio hæreditatis habet praestationes personales, ut puta eorum quae a debitoribus sunt exacta, item pretiorum* (1); *d. l.* 25, § 18.

417. Basta che il possessore, sia egli di buona o mala fede, abbia ricavato qualche profitto da' beni della eredità, perchè sia tenuto a renderne conto all' erede, ancorchè tale profitto fosse derivato dalla vigilanza e dall' industria di questo possessore, e che non avrebbe ricavato lo stesso erede, se fosse stato in possesso de' beni ereditarj.

Per esempio, quando il possessore ha venduti alcuni beni della eredità, il prezzo che egli ne ha ricavato è un profitto che deriva dai beni ereditarj, che ei dee restituire all' erede, quantunque l' erede non lo avrebbe da sè ricavato; *puta* perchè tali cose sono perite per un caso fortuito poco dopo la vendita fattane, e che l' erede non sarebbe stato sì sollecito a fare. Questo è ciò che viene espressamente prescritto nel summentovato senatus-consulto: *Ait Senatus, placere a quibus petita hæreditas fuisset; si adversus eos judicatum esset, pretia quae ad eos rerum ex hæreditate venditarum pervenissent, etsi ante aditam haereditatem deperiissent, diminutaeve essent, restituere debere*; *l.* 20, § 17, ff. *d. tit.*

418. Da questo principio nasce lo scioglimento della quistione seguente: il possessore, contro il quale era sta-

(1) Quae ex venditione rerum haereditariarum possessor redegit.

ta promossa la domanda in punto di petizione di eredità, aveva molto prima di tale domanda venduto una cosa ereditaria per un prezzo vantaggiosissimo: in seguito egli ha trovata l'occasione di ricomperarla a buonissimo patto; domandasi se nel giudizio di petizione di eredità, cotal possessore, sopra tutto se fosse di buona fede, debba avere la scelta di restituire o la cosa ereditaria che tiene presso di sè in natura, o il prezzo ricavato dalla vendita che ne ha fatta.

Paolo decide, che non basta a questo possessore di restituire la cosa; ma che ei dee restituire con la cosa il profitto che ricavò dalla vendita che ne ha fatta. Per esempio, se l' ha venduta per cento lire, e l' ha ricomprata per ottanta, è tenuto a restituire insieme con la cosa la somma di venti lire. Egli fonda cotal sua opinione su la ragione che questo è un profitto che egli ebbe da' beni della eredità: ora, secondo la costituzione di Adriano, il possessore, quantunque di buona fede, dee restituire l' intiero profitto ch' ei ha cavato dai beni ereditarj: *Si rem et pretium habeat bonae fidei possessor, puta, quod eamdem rem (hæreditariam quam vendidit) emerit, an audiendus sit, si velit rem dare, non pretium?.... In oratione divi Adriano ita est.* « DISPICITE, PATRES CONSCRIPTI, NUMQUID SIT AEQUIUS POSSESSOREM NON FACERE LUCRUM, ET PRETIUM QUOD EX ALIENA RE PERCEPERIT, REDDERE, QUIA POTEST EXISTIMARI IN LOCUM HAEREDITARIAE REI VENDITAE PRETIUM EJUS SUCCESSISSE, ET QUODAMMODO IPSUM HAEREDITARIUM FACTUM». *Oportet igitur possessorem et rem restituire petitori, et quod ex venditione ejus rei hæreditariae lucratus est*; *l.* 22, ff. *d. tit.*

419. Lo stesso si dica di tutte le altre specie di profitti, che il possessore ha ricavati dalla vendita ch' egli ha fatta de' beni ereditarj; questo possessore, quantunque di buona fede, non può ritenerli, e deve restituirli all' erede su la sua domanda in punto di petizione di eredità: *Proinde si non pretium, sed etiam poena tardius pretio soluto pervenit, poterit dici, quia locupletior in totum* (1) *factus est, debere venire, licet de pretio solummodo senatus sit locutus*; *l.* 23, § 1, ff. *d. tit. Sed etsi lege commissoria vendidit, idem dicendum lucrum quod sensit lege* (2) *commissoria, praestaturum*; *l.* 25.

420. Quand' anche il lucro fatto dal possessore sui beni della eredità fosse un lucro disonesto, e per conseguenza tale che l' erede non lo avrebbe fatto, questo possessore dee sempre restituirlo all' erede: *Si possessor ex hæreditate inhonestos habuerit quaestus, hos etiam restituire cogetur, nec honesta* [3] *interpretatio non honesto quaestu lucrum possessori faciet*; *l.* 52, ff. *d. tit.*

421. In una parola, è regola generale, non soggetta ad alcuna eccezione, che il possessore non può ritenere alcun profitto che egli abbia ricavato da' beni ereditarj, qualunque esso sia: *Omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori, quam praedoni dicendum est*; *l.* 28, ff. *d. tit.*

422. In ciò convengono sì il possessore di buona fede che quello di mala fede; ma eglino differiscono in varj punti sopra le prestazioni personali cui sono soggetti, dietro l' istanza di petizione di eredità.

Queste differenze provengono dalle diverse clausole, da cui nascono le obbligazioni che il possessore di buona e quello di mala fede contraggono verso l' erede.

(1) Cioè, perchè egli ha profittato di quanto ha ricevuto, *tam poenae nomine, quam pretii nomine.*

(2) *Finge*, il possessore aveva venduta una cosa attinente all' eredità colla clausola, che mancando il compratore di pagarne il prezzo entro un certo tempo, la cosa gli sarebbe restituita, e ch'egli riterrebbe la somma pagata dal compratore, come caparra.

(3) Il senso è questo: l' onesta interpretazione che in altri casi fa riguardare un guadagno disonesto come non fosse un vero guadagno, non dee aver luogo in questo caso, per timore che se si dicesse che l' erede non dee pretendere la restituzione di questo guadagno disonesto, perchè non è un vero guadagno, il possessore che l' ha fatto, ne profitterebbe, e migliorerebbe con ciò la sua condizione in confronto di quello che avrebbe fatto un uso buono ed onesto de' beni dell' eredità.

La cognizione che ha il possessore di mala fede, quando si mette in possesso de' beni di una eredità che non gli appartiene, gli fa da quel momento contrarre l' obbligazione di restituirli; e quest' obbligo nasce da quel precetto della legge naturale, *non prendere la roba degli altri*, *nè ritenere quello che non ti appartiene.* Al contrario il possessore di buona fede che crede che la eredità gli appartenga, che usa e dispone de' beni che ne dipendono, come di cose che ei reputa di buona fede a sè appartenenti, non contrae punto tale obbligazione: l' unica causa di quella che esso contrae è la regola di equità, la quale non permette che alcuno si arricchisca ad altrui spese, nè per conseguenza ritenga qualsivoglia profitto che ritrar possa dalle cose di altrui pertinenza, allorchè viene a sapere che esse appartengono ad altri.

Da ciò nascono le differenze tra il possessore di buona fede e quello di mala fede, riguardo alle prestazioni personali cui essi soggiacciono.

Prima differenza.

423. Il possessore di mala fede è obbligato a render conto all' erede di quanto è a lui pervenuto de' beni della eredità, quando anche lo avesse poscia dissipato, nè fosse per essi divenuto più ricco, al contrario, il possessore di buona fede non è tenuto a restituire ciò che gli è pervenuto dai beni della eredità, senonchè fino all' ammontar di ciò che ei si trova profittarne al momento della domanda di eredità.

La ragione di tal differenza è per sè manifesta; il possessore di mala fede sapendo che quanto gli viene da' beni ereditarj non gli appartiene, sa pure di non aver il diritto di disporne e dissiparlo; anzi egli è tenuto a conservarlo all' erede al quale appartiene, come un *negotiorum gestor* è tenuto a conservare e restituire a colui al quale appartengono i beni nella cui amministrazione si è egli immischiato, quanto a lui ne è pervenuto.

Al contrario, il possessor di buona fede, credendo che la eredità gli appartenesse, ha potuto lecitissimamente disporre a suo grado di quanto gliene è pervenuto e dissiparlo a talento, siccome cose delle quali egli credeva di buona fede esser padrone; laonde egli non deve esser tenuto a restituire che quel tanto di cui si trova profittare al tempo della domanda, colla quale se gli fa conoscere che ciò che gli è pervenuto dai beni della medesima, appartiene all' attore.

La massima da noi testè riferita, che il possessore di buona fede, a differenza di quello di mala fede, non sia tenuto alla restituzione di ciò che ha ricavato da' beni dell' eredità, senonchè sino alla concorrenza di quanto egli si trova profittare al tempo della petizione di eredità, è espressa in termini formali nel senatus-consulto già da noi più volte citato, ove è detto: *Qui justas causas habuissent quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo quo locupletiores ex ea re facti essent* (*condemnandos*); *l.* 20, § 6.

Non basta dunque che il possessore di buona fede abbia ritratto qualche profitto da' beni dell' eredità Se non lo ha conservato; se lo ha dissipato prima della domanda di eredità; se al momento di tale domanda non se ne trova più ricco, nulla è tenuto a restituire. Perciò Ulpiano, interpetrando que' termini del senatus-consulto, *placere a quibus hæreditas petita fuisset, si adversus eos judicatum esset, pretia quae ad eos rerum ex hæreditate venditarum* PERVENISSENT . . . *restituere debere*, dice riguardo al possessore di buona fede: *finge, pretium acceptum vel perdidisse, vel consumpsisse, vel donasse: et verbum quidem* PERVENISSE *ambiguum est, solum ne hoc contineret quod prima ratione fuerit, an vero et id quod durat? Et puto . . . ut ita demum computet si factus sit locupletior*; *l.* 23, ff. *d. tit.*

Altrove lo stesso Ulpiano dice: *Consuluit senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno afficiantur, sed in id duntaxat teneantur in quo locupletiores facti sunt*; *quemcumque igitur sumptum fecerunt ex hæreditate*

si quid dilapidaverunt, perdiderunt, dum re sua se abuti putant, non praestabunt; l. 26, § 11, ff. d. tit.

Avrebbe forse potuto sembrare ad alcuno che il possessor di buona fede profittasse de' beni dell'eredità di cui ha fatto donazione, avvegnachè in virtù di queste donazioni si procacciò degli amici dai quali egli ha qualche diritto di attendersi delle ricompense. Nondimeno Ulpiano decide, che non lo si reputa aver profittato che quando egli ha ricevuto effettivamente qualche ricompensa delle predette donazioni; e soltanto sino all'ammontare del valore di esse: *Nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt. Plane si remunerationes acceperunt, dicendum est autem locupletiores factos, quatenus acceperunt; velut genus quoddam hoc esset permutationis; d. l. 25, § 11.*

Benchè il possessor di buona fede abbia consumato nella sua famiglia i denari a lui provenuti dalla eredità, egli è considerato profittarne al tempo della petizione di eredità, sino all'ammontar della somma ch' era solito di prendere dal suo patrimonio per tale motivo, e ch' egli ha risparmiata servendosi dei denari dell' eredità.

Ma se credendosi più ricco in virtù dell'eredità che credeva appartenergli, egli abbia speso in famiglia delle somme attinenti a detta eredità, maggiori di quelle ch' era solito a spendere, non sarà riputato averne profittato ed essere divenuto più ricco, senonchè fino all'ammontar della somma che era solito a spendere, e che ha risparmiata. Così c' insegna Ulpiano: *Quod quis ex haereditate erogavit, utrum totum decidat* (1), *an vero pro rata patrimoni ejus? Ut puta penum haereditariam ebibit; utrum totum haereditati expensum feratur, an aliquid ex patrimonio ejus; ut in id factus locupletior* (2) *videatur quod solebat ipse erogare ante delatam haereditatem; ut si quid lautius, contemplatione haereditatis impendit, in hoc non videatur factus locupletior, in statutis vero suis sumptibus videatur factus locupletior.. verius est, ut ex suo patrimonio decidant ea quae etsi hæres non fuisset, erogasset; l 25, § 16.*

424. Dal principio, che il possessor di buona fede non è tenuto alla restituzione dei danari dell' eredità, che sino alla concorrenza di ciò ch' ei ne profitta, ne segue che s' egli gli ha dati ad interesse, se è stato pagato da quelli a' quali gli ha dati ad interesse, è obbligato a rendere conto delle somme che gli sono state pagate, tanto riguardo al capitale che agl' interessi; ma se non ne è stato pagato, basta ch' egli ceda all' erede queste azioni contro i debitori, per farsene pagare come potrà; ecco ciò che insegna Paolo nel caso proposto: *Dicendum itaque est*, egli dice, *in bonae fidei possessore haec tantummodo eum praestare debere, idest vel sortem et usuras ejus, si et eas percepit; vel nomina cum eorum cessione in id facienda quod ex his adhuc debeetur, periculo scilicet petitoris; l. 30, ff. d. tit.*

425. Allorchè il possessor di buona fede ha impiegati i danari dell' eredità nel fare acquisto di una certa cosa per suo conto ed uso, non è di questa cosa che l' erede deve domandare la restituzione, ma della somma che egli ha impiegata in simile acquisto, di cui lo si reputa profittare mediante tale acquisto; eccettochè s' egli l' avesse acquistata per un prezzo maggiore di quel che valeva, egli sarebbe considerato profittare soltanto della somma ch' essa vale realmente: *Si rem distraxit, et ex pretio aliam rem comparavit, veniet pretium in petitionem haereditatis, non res quam in patrimonium suum convertit; sed si res minoris valet quam comparata est, hactenus locupletior factus videtur, quatenus res valet; quemadmodum si consumpsisset, in totum locupletior factus non videbitur; l. 25, § 1.*

(1) *Aggiungi* summae ex haereditate redactae quam possessor petitori restituere debet.
(2) Possessor bonae fidei eatenus videtur locupletior ex pecunia haereditaria quam in proprios usus consumpsit quatenus pepercit pecuniae propriae quam in eos impendisset, si pecuniam haereditariam non impendisset.

426. Quando il possessor di buona fede, che fu condannato a restituire la metà dell' eredità che appartiene all' attore, sia erede egli stesso per l' altra metà; se ha consumata in pura perdita questa metà, si fa questione s' egli debba imputare intieramente questa perdita nella sua porzione, in modo che ei debba restituire tutto ciò che gli resta de' beni ereditarj, ovvero se debba imputarla intieramente nella porzione che ei deve restituire all' attore, così che non gli resti più nulla a restituir li, o piuttosto se ciò che egli ha consumato de' beni ereditarj debba imputarsi tanto nella porzione che egli deve restituire, quanto nella sua, in proporzione. Ulpiano è di questa ultima opinione: *Si quis putans se ex asse haeredem* (*quum esset haeres ex dimidia duntaxat*, *et petitor ex altera dimidia*), *partem dimidiam hæreditatis sine dolo malo consumpserit... puto residuum integrum non esse restituendum*, *sed partem ejus dimidiam: d. l.* 25, § 15.

427. Ci resta ad esaminare a quale tempo debbasi aver riguardo per giudicare, se il profitto che il possessore di buona fede ha ricevuto dalla eredità, sussista ancora presso di lui, ad effetto che ei sia obbligato a restituirlo all' erede attore, ove questi ottenga l' intento nel giudizio di petizione di eredità. Devesi in ciò avere riguardo a due tempi.

1.° Devesi aver riguardo al tempo della contestazione della lite (nel diritto francese al tempo della domanda). Da questo tempo il possessore di buona fede diventa debitore, verso l' attore, di tutti i profitti che egli allora trovasi avere dalla eredità; ed è obbligato da quel momento a conservarglieli, senza che ei possa per suo fatto o colpa in nulla scemarli.

2.° Devesi pure aver riguardo al tempo della sentenza, in questo senso, che se dopo la contestazione della lite, sia sopraggiunta, senza il fatto o colpa di tal possessore, qualche perdita ne' beni della eredità che erano presso di lui, egli non sia tenuto a restituire senonchè ciò che gli resta. In questo senso devesi intendere ciò che dice Ulpiano: *Quo tempore locupletior esse debeat bonae fidei possessor dubitatur*, *sed magis est rei judicatae tempus spectandum esse; l.* 36, § 4, *ff. d. tit.*

428. Quantunque il possessore di buona fede cessi di essere riputato tale, e divenga simile a quello di mala fede, come lo abbiamo osservato *supra*; nulladimeno ei differisce ancora in un punto, anche dopo la contestazione della lite, dal possessor di mala fede. Paolo ci fa osservare questa differenza: *Illud quoque quod in oratione D. Adriani est*, *ut post acceptum judicium*, *id actori praestetur quod habiturus esset*, *si eo tempore*, *quo petit*, *restituta esset haereditas*: *interdum durum est: quid enim si post litem contestatam mancipia*, *aut jumenta*, *aut pecora deperierunt? Damnari debebit secundum verba constitutionis*, *quia potuit petitor distraxisse ea? Et hoc justum esse in specialibus petitionibus Proculo* (1) *placet*; *Cassius contra sensit*: *In praedonis persona Proculus recte existimat*; *in bonae fidei possessoribus Cassius*; *nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare*, *aut praeter metum periculi hujus*, *temere indefensum jus suum relinquere*; *l.* 40, *ff. de petit. hæred.*

429. Tutte le decisioni delle leggi romane da noi riportate, sono totalmente conformi ai principj dell' equità naturale in teoria; ma è difficilissimo il farne l' applicazione in pratica, non essendo quasi possibile di conoscere, se il possessor di buona fede che ha ricevute delle somme di danaro dai debitori della eredità, e dal prezzo ricavato dalla vendita dei beni ereditarj, e che le ha impiegate, se ne trovi più ricco o no al tempo della domanda di eredità; converrebbe per ciò entrare in una malagevol disamina, e penetrare il segreto degli affari privati; ciò che non deve essere permesso. Fa d' uopo dunque nella

(1) Proculo, che viveva molto tempo prima di Adriano, parlando dell' azione di rivendicazione, aveva parimenti opinato che la perdita avvenuta dopo la contestazione della lite, benchè senza colpa del possessore presso il quale si trovava la cosa, dovesse cadere sopra tal possessore; vi è la stessa ragione nel caso della petizione di eredità.

giurisprudenza francese attenersi ad una regola sopra questa materia; ed è, che non dovendosi presumere che alcuno dissipi quello che forma la sostanza di un bene che crede appartenergli, il possessor di buona fede de' beni di una eredità è riputato aver profittato di tutto ciò che gli è pervenuto da tali beni, e che ne compone il fondo mobiliare, e profittarne ancora al momento della petizione di eredità, a meno che egli non dimostri il contrario.

Per la qual cosa, quando il possessor di buona fede è stato condannato a restituire i beni ereditarj all'attore, egli deve render un conto esatto di tutte le somme che ha riscosse, sia dai debitori della eredità sia dal prezzo ricavato dalla vendita de' beni, e generalmente di tutto ciò che gli è pervenuto da ciò che compone il fondo mobiliare della successione, sull'ammontar di tutte le spese che giustificherà di aver fatte per la conservazione de' beni di detta eredità, senza che gli possano essere contrastate, ove siano state fatte prima della domanda, e finchè durava la sua buona fede Cotali spese, avuto riguardo alla sua qualità di possessore di buona fede, debbongli essere bonificate ancorchè fossero state fatte male a proposito; imperciocchè nonessendo egli tenuto nella sua qualità di possessore di buona fede alla restituzione de' beni ereditarj, che fino alla concorrenza di quel profitto che lo si presume ritrarne, siano queste spese state bene o mal fatte, basta che egli giustifichi di averle fatte, perchè provi che esse hanno scemato il profitto ritratto dalla eredità, e per conseguenza ch'esse hanno diminuito ciò che ei deve restituire all'erede.

Debbonsi parimente mettere in deduzione a questo possessore di buona fede tutte le perdite che esso documenterà di aver fatte su beni pervenutigli dalla eredità, senza che debbasi esaminare, ove siano accadute prima della domanda, se per di lui fatto o colpa sieno avvenute; conciossiachè in qualunque modo sieno accadute, basta che siano avvenute perchè abbiano scemato il profitto che questo possessore ha ritratto dai beni della eredità, e perchè debbano in conseguenza essergli messe in deduzione di quanto ei deve restituire all'attore, non essendo obbligato a restituirgli i beni della eredità che sino alla concorrenza del profitto ch'ei ne ricava.

Riguardo alle spese che egli avesse fatte a vantaggio de' beni della eredità dopo la domanda, non essendo egli più allora riputato possessore di buona fede, non debbono essergli bonificate, eccettochè non si fosse fatto autorizzare dal giudice per farle, o almeno che apparisse evidentemente la necessità di farle.

Per la stessa ragione le perdite sopraggiunte ne' beni della eredità dopo la domanda, non debbono essergli contate in deduzione, senonchè quando fossero accadute senza sua colpa.

Seconda differenza.

430. La seconda differenza tra il possessore di buona fede e quello di mala fede, rapporto alla restituzione de' beni che essi debbono fare allo erede, concerne i frutti dei detti beni.

I frutti che il possessore ha percetti dai beni ereditarj, essendo cose che formano da per se stesse parte di questa eredità, e che ne sono altrettanti incrementi, come lo abbiamo veduto *supra*, n. 400, il possessore, tuttochè di buona fede, è tenuto, giusta i principj del diritto romano, a render conto all'erede, a cui deve restituire i beni della eredità, di tutti i frutti che ne ha percetti dacchè si è messo in possesso dei detti beni; ma non è tenuto a rendere conto de' frutti che egli ha percetti prima della contestazione della lite, senonchè fino alla concorrenza del profitto che trovasi fare ed esserne più ricco al tempo della contestazione della lite. Al contrario il possessore di mala fede è tenuto a render conto di tutti i frutti da lui percetti, abbiane o no profittato. Questa è la dottrina di Paolo: *Praedo fructus suos non facit, sed augent hæreditatem, ideoque eorum quoque fructus prestabit: in bonae fidei possessori, hi tantum veniunt in restitutionem quasi augmenta hæreditatis, per quos locupletior factus est*; *l.* 40. § 1, *ff. de haered. petit.*

Il possessore di buona fede presu-

mesi aver profittato ed essersi arricchito de' frutti da lui percetti prima della domanda, qualora non provi il contrario; come pure presumesi, giusta la pratica francese, che egli abbia profittato di quanto ha riscosso dai debitori dell' eredità o dal prezzo della vendita de' mobili ereditarj, come lo abbiamo osservato *supra*, n. 429. A me pare che sarebbe equo l' ammettere una differenza tra il caso dell' articolo 429 ed il caso presente. Nel primo il possessore di buona fede riguardava ciò che aveva riscosso dai debitori o dal prezzo della vendita de' mobili ereditarj, come un fondo mobiliare di un' eredità che credeva essergli pervenuta. Siccome presumesi che un padre di famiglia conservi piuttosto che dissipi i fondi che crede appartenergli, così il possessor di buona fede è presunto aver conservato quel fondo mobiliare dell' eredità, ed essersene arricchito finchè non dimostri il contrario. Ma se presumesi che un padre di famiglia conservi i suoi fondi, si presume al contrario che egli consumi le sue entrate spendendone il prodotto nelle bisogne domestiche; così il possessor di buona fede riguardando come sue rendite i frutti che percipe da' beni di una eredità che crede appartenergli, pare che si dovrebbe presumere che egli le abbia spese, sia col vivere più lautamente sia coll' erogarle in elemosine, e che non se ne sia punto arricchito, finchè non si provi il contrario; e che quindi dovrebbe essere esentato dall' obbligo di render conto de' frutti. Ciò non pertanto fa d' uopo convenire che la pratica del foro francese è in ciò contraria, giacchè esigesi da colui, che si è messo in possesso di una eredità, che renda conto de' frutti all' erede che lo ha evinto.

431. Il possessore di buona fede non essendo tenuto alla restituzione de' frutti percetti, che sino alla concorrenza di quanto se ne trova più ricco, a più forte ragione non deve esser tenuto alla restituzione di quelli che non ha percetti. Al contrario il possessore di mala fede deve rendere conto non solo de' frutti percetti, ma eziandio di quelli che non ha percetti: *Et fructus non (solum) quos perceperunt, sed quos percipere debuerunt eos præstaturos*; *d. l.* 25, § 4.

432. Questa differenza tra il possessore di buona fede e quello di mala fede non sussiste che a riguardo de' frutti che sono stati percetti, o che dovevano essere percetti prima della contestazione della lite. Il possessore di buona fede cessando di esser riputato tale al tempo della contestazione della lite, è tenuto, al pari di quello di mala fede, di render conto indistintamente di tutti i frutti percetti dopo la contestazione della lite, non eccettuati quelli che per sua colpa ha mancato di percipere dopo tal tempo; *l.* 1, § 1, *Cod. de petit. haered.*

Terza differenza.

433. La terza differenza tra il possessore di buona fede e quello di mala fede, rapporto alla restituzione che deve farsi de' beni ereditarj all' erede, concerne gl' interessi e le annualità.

Il possessor di mala fede non è obbligato, in verità, a pagar gl' interessi delle somme provenutegli dalla eredità di cui si è impadronito finchè non la consegnisca: *Papinianus, lib* 3, *quaestionum: Si possessor haereditatis, pecuniam inventam in haereditate non attingat, negat eum omnino in usuras conveniendum*; *l.* 20, § 14, *de petit. haered.* Ma quando egli ha impiegate queste a' suoi proprj affari, ne deve gl' interessi a guisa appunto di un *negotiorum gestor* che si è ingerito nell' amministrazione dei beni che non gli appartenevano, il quale è tenuto in questo caso alla prestazione degl' interessi. Vedi *l.* 21, § 3, ff. *de neg. gest.*, *l.* 31, § 3. V. *Quod si non mand.*, ff. *mand.*

Al contrario, quando il possessore di buona fede ha impiegate ne' proprj affari le somme che gli sono provenute dalla eredità, egli è bensì tenuto a restituirle, quando si trova averne profittato ed essersene fatto più ricco al tempo della petizione di eredità; ma l' erede non può esigerne da lui veruna sorta d' interessi. Ciò è in termini formali espresso nel senatusconsulto, emanato conformemente alla costituzione di Adriano: *Quum hi qui*

se hæredes existimant, hæreditatem distraxerint, placere redactæ ex pretio rerum venditarum pecuniæ usuras non esse exigendas; *l.* 20, § 6, ff. *de petit. hæred.*

434. Questa differenza tra il possessor di buona e quello di mala fede rapporto agl' interessi, non pare essere osservata nella pratica del foro francese; il possessore rende conto di tutte le somme che ha percette dai beni della eredità, e benchè sia possessore di mala fede non è obbligato a corrispondere gl' interessi di quella somma di cui è debitore residuale, senonchè dal giorno che venne posto in mora di pagarla.

Quarta differenza.

435. La quarta differenza tra il possessore di buona fede e quello di mala fede concerne i guasti e le deteriorazioni fatte ai beni della eredità.

Il possessore di mala fede, attesa la cognizione che egli ha, che i beni della eredità non gli appartengono, contrae verso il vero erede, come lo abbiamo già detto, l' obbligazione di conservarglieli in buono stato sino alla restituzione che è obbligato a farglienе, siffatta obbligazione essendo un accessorio della prima. Mancando di adempirla è tenuto a rifare tutti i danni e interessi che risultano dai guasti per di lui fatto avvenuti.

Al contrario, il possessore di buona fede che ha un giusto motivo di credere che tali beni gli appartengono, non contrae punto simili obbligazioni verso il vero erede; quindi egli può trascurare e lasciar ire a male que' beni di cui si crede padrone. Non deve dunque esser tenuto a risarcire i guasti e le deteriorazioni fattevi finchè durò la sua buona fede prima della contestazione della lite, purchè non ne abbia tratto profitto, come sarebbe se avesse fatto tagliare degli alberi di alto fusto per venderli, e ne avesse ricevuto il prezzo.

Ma dopo la contestazione della lite il possessore di buona fede cessando di esser riputato tale, è obbligato da questo tempo a conservare in buono stato i beni ereditarj, ed è tenuto, al pari del possessore di mala fede, a risarcire i guasti che da questa epoca fossero sopravvenuti per di lui fatto o colpa. Il possessore, dice Ulpiano: *sicut sumptum quem fecit, deducit, ita si facere debuit, nec fecit, culpæ hujus reddat rationem, nisi bonæ fidei possessor est; tunc enim quia quasi suam rem neglexit, nulli querelæ subjectus est ante petitam hæreditatem; postea vero et ipse prædo est*; *l.* 31, § 3, ff. *d. tit.*

436. Ciò che abbiamo detto di tale differenza fra il possessore di buona fede e quello di mala fede, ha luogo anche nel diritto francese; salvo che in questo il semplice atto di citazione con cui l' erede rilascia copia de' suoi documenti, produce il medesimo effetto a tale riguardo che produceva nel diritto romano la contestazione della lite; e da questo giorno il possessore di buona fede comincia ad essere tenuto a conservare i beni dell' eredità, ed a risarcire i guasti e le deteriorazioni avvenute per di lui fatto o colpa.

437. Si è fatta questione di sapere se il possessore di mala fede, nella stessa guisa che è tenuto al risarcimento de' guasti avvenuti per di lui fatto o colpa ne' beni dell' eredità, sia parimente tenuto a rispondere delle prescrizioni de' crediti di essa, e delle insolvibilità sopravvenute a' debitori dopo ch' egli si è messo in possesso de' beni ereditarj, per aver egli mancato di procedere a tempo debito contro di essi. Ulpiano decide la quistione negativamente, per la ragione che non era in potere di tale possessore di procedere contro quei debitori, i quali in conseguenza degli atti che avesse fatti contro di loro, avrebbero avuto diritto di opporgli che egli prima provasse la sua qualità di erede, ciò che non avrebbe potuto fare, poichè non lo era: *Illud plane prædoni imputari non potest cur passus est debitores liberari, et pauperiores fieri, et non eos convenit, quum actionem non habuerit*; *d. l.* 3, § 4.

Cotesta decisione ha luogo nel caso in cui il possessore sappia bensì che i beni dell' eredità, di cui si è messo in possesso, non gli appartengono, ma

non sappia a chi veramente appartengono, ed a chi debba restituirli. Al contrario, quando questo possessore di mala fede conosceva il vero erede a cui doveva restituire i beni dell' eredità; se avendo egli mancato di restituire, tostochè lo poteva, i beni ed i documenti dell' eredità, questo erede, che non gli aveva, non ha potuto in conseguenza procedere contro i debitori della successione; il possessore deve in tal caso essere tenuto verso l' erede, in via di danni e interessi, a risarcirlo delle prescrizioni avvenute ne' crediti e diritti ereditarj che detto erede avrebbe potuto interrompere, come pure delle insolvibilità dei debitori che egli avrebbe potuto prevenire, se il possessore gli avesse restituito a tempo i documenti necessarj per procedere contro di essi.

SEZIONE V.

Delle prestazioni personali alle quali è tenuto l' attore verso il possessore che deve restituirgli i beni dell' eredità.

438. L'attore di cui venne ammessa con favorevol sentenza la petizione di eredità, è pur egli tenuto dal canto suo verso il possessore ad alcune prestazioni personali. Siccome la gestione de' beni ereditarj, in cui si è ingerito colui che se ne è messo in possesso, obbliga questo possessore a render conto al vero erede di ciò che gli è pervenuto o doveva pervenirgli de' beni di questa eredita, come lo abbiamo veduto nella precedente sezione, così essa obbliga parimenti l' erede a rimborsare a questo possessore le spese che egli ha fatte per la conservazione de' beni ereditarj.

In due maniere l' erede può essere obbligato a rimborsare queste spese al possessore. 1°. Mettendogliele in deduzione nel conto che il possessore deve render delle somme che gli sono pervenute dall' eredità, e delle quali è debitore verso l'erede. 2°. Quando le spese fatte dal possessore eccedono le somme delle quali egli è debitore, l' erede deve pagare co' suoi proprj danari questo soprappiù al possessore, il quale, sino al pagamento che deve essergli fatto, ha diritto di ritenere, *veluti quodam pignoris jure*, i fondi ed altri beni dell' eredità che tiene presso di sè.

439. Quando il possessore è di buona fede, perchè le spese da lui fatte vengano messe in deduzione sopra le somme che gli son pervenute dalla eredità di cui è debitore, non importa che siano state fatte utilmente o no; basta che ei le abbia fatte, perchè questa è una conseguenza necessaria del principio, che egli non è tenuto a restituire ciò che gli è pervenuto dai beni della eredità, se non che fino all'ammontar di quel profitto che ei si trova cavarne.

Perciò s' egli ha pagata una somma ad alcuno che si pretendeva falsamente creditore della eredità, sebbene questo pagamento non siasi convertito in vantaggio della medesima, l' erede però deve mettergli in deduzione la somma da lui pagata, salvo a ripeterla contro il sedicente creditore che l' ha indebitamente ricevuta, *per condictionem indebiti*, nella quale l' erede deve essere surrogato al possessore che l' ha pagata, avendola messa a suo conto.

Allorchè le spese fatte dal possessore di buona fede eccedono la somma di cui va debitore, acciocchè lo erede sia tenuto a pagargli del proprio questa eccedenza, fa d'uopo che tali spese siano state utilmente fatte, o almeno che questo possessore abbia avuto qualche giusto motivo per farle.

Riguardo al possessore di mala fede egli non può tampoco farsi mettere in deduzione le spese che ha fatte, a meno che non siano state utilmente fatte, e l' eredità ne abbia profittato.

440. Le spese che fa ordinariamente il possessore per l' eredità, consistono ne' pagamenti ch' ei fa ai creditori delle somme che erano loro dovute dalla medesima; cotali spese, convertendosi in profitto della eredità, debbono per conseguenza esser bonificate al possessore che ha fatti questi pagamenti: *Si quid possessor solvit creditoribus, reputabit*; *l.* 31, ff. *d. tit.*

Se la quitanza della somma che è stata bonificata al possessore, fosse suscettibile di qualche difficoltà per parte del creditore, a nome del quale è stata rilasciata, essa non dovrebbe essere messa a credito di tal possessore, che a patto di obbligarsi dal canto suo verso l'erede a garantirla e farla valere nel caso in cui il creditore la contestasse e chiedesse la somma: *Julianus scribit, ita imputaturum possessorem, si caverit a se petitorem defensum iri*; *d. l.* 31.

441. Siccome devesi bonificare al possessore ciò che ha pagato ai creditori della eredità, si dee parimente bonificargli quanto era ad esso dovuto, quando era egli stesso creditore della eredità. Ciò non ammette veruna difficoltà riguardo al possessore di buona fede. *Justus possessor dubio procul debebit deducere quod sibi debetur*; *d. l.* 31, § 2.

Ricusava però il diritto romano questa compensazione al possessore di mala fede: *Si aliquid praedoni debebatur, hoc deducere non debebit*; *d. l.* 51, § 1. Nel dritto francese, essa deve essere ammessa, ove il debito sia certo e liquido.

442. Debbonsi soprattutto bonificare al possessore di mala fede, egualmente che a quello di buona fede, le spese da lui fatte per la malattia del defunto e pe'suoi funerali: *In restituenda haereditate compensatio ejus habebitur quod tu in mortui infirmitatem, inique sumptum funeris, bona fide ex proprio tuo patrimonio erogasse probaveris*; *l.* 4, *Cod. de haered. petit.*

Nondimeno, quando la spesa che il possessore ha fatta pe'funerali del defunto, sia esorbitante, essa non deve bonificarsi al possessore di mala fede, senonchè fino all'ammontar della somma alla quale siffatte spese sogliono ascendere, avuto riguardo alla condizione ed alle facoltà del defunto.

443. L'erede dee altresì bonificare al possessore le somme che questi ha pagate per soddisfare i legati che eran dovuti.

Se questi legati non erano dovuti, perchè sia stato posteriormente dichiarato nullo il testamento, il pagamento che ne è stato fatto non essendosi in tal caso convertito in vantaggio della eredità, il possessore di mala fede non può pretendere veruna bonificazione, per parte degli eredi, di quelle somme che egli ha pagate per soddisfare i predetti legati; la sua azione si limita contro i legatarj che gli hanno indebitamente ricevuti, *per condictionem indebiti.*

Ma quando il possessore che gli ha soddisfatti, è un possessore di buona fede, se gli permette, in considerazione della sua buona fede, di ritenere le somme da lui sborsate, sui beni della eredità, coll'obbligo soltanto per parte sua di cedere all'erede le azioni che gli competono contro i legatari per la ripetizione di ciò che ha loro pagato, affinchè queste azioni vengano esercitate a rischio e pericolo dell'erede. Questa è la dottrina di Gajo: *Si possessor haereditatis ob id quod ex testamento haeredem se esse putaret, legatorum nomine de suo solvit; si quis ab intestato eam haereditatem evincat* (1)... *secundum senatus-consulti sententiam subveniendam ei est, ut ipse quidem ex retentione rerum haereditarium sibi satisfaciat, cedat autem actionibus petitori, ut suo periculo eas exerceat*; *l.* 17, ff. *de petit. hæred.*

444. Nel conto che rende il possessore, anche di mala fede, de'frutti da lui percetti, se gli debbono bonificare le spese che ha incontrate per farli nascere, maturare e raccoglierli: *Fructus intelliguntur deductis impensis quae quaerendorum, cogendorum, conservandorumque eorum gratia fiunt. Quod non solum in bonae fidei possessoribus naturalis ratio expostulat, verum etiam in praedonibus*; *l.* 36, § 5, ff. *d. tit.*

Il possessore di buona fede ha ciò di più, che è autorizzato a farsi rendere conto dall'erede delle spese che ha incontrate per far nascere i frutti, tuttochè non siano stati raccolti: *Si sumptum quidem fecit, nihil autem fructuum perceperit, aequissimum erit rationem horum quoque in bonae*

(1) Quo casu legata testamento relicta corruunt.

fidei possessoribus haberi; *l.* 37, ff. *d. tit*.

445. Rapporto alle spese fatte dal possessore ne' beni della eredità, di cui era in possesso, non vi è alcuna differenza fra il possessore di buona e quello di mala fede, riguardo a quelle ch'erano necessarie; si debbono bonificare sì all' uno che all' altro. Rispetto a quelle ch'erano solamente utili, vi sono due differenze, che il possessore di buona fede è autorizzato in diritto a pretenderne il rimborso, e questo sino all' intiera somma alla quale esse ammontano; dovecchè tale rimborso non è accordato al possessor di mala fede che per mera indulgenza e contro il rigore del dritto, e soltanto fino alla concorrenza di quel maggior prezzo che trovasi avere attualmente il fondo per cui dette spese sono state fatte: *In caeteris necessariis et utilibus impensis posse separari, ut bonae fidei quidem possessores has* (1) *quoque imputent*; *praedo autem de se queri debeat quod sciens in rem alienam impendit*; *sed benignius est in hujus quoque persona haberi rationem impensarum* (2); *non enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere*..... *plane potest in eo differentia esse, ut bonae fidei quidem possessor omnimodo impensas deducat, licet res non extet in quam fecit, sicut tutor vel curatur consequuntur*; *praedo autem non aliter quam si res melior sit*; *l.* 38, ff. *d. tit. Utiles autem necessariaeque sunt, veluti quae fiunt reficiendorum aedificiorum gratia, aut in novellata etc. l.* 39. Che dovrassi egli dire delle spese puramente voluttuose? Gajo le bonifica al possessore di buona fede, e non accorda a quello di mala fede, che la facoltà di riprendere ciò che può essere trasportato: *Videamus tamen ne ad picturarum quoque et marmorum, et caeterarum voluptuariarum rerum impensas aeque proficiat exceptio? Utique si modo bonae fidei possessores simus*: *nam praedoni probe dicetur non debuisse in alienam rem supervacuas impensas facere*: *ut tamen potestas ei fuerit tollendorum eorum quae sine detrimento ipsius rei tolli possunt*; *d. l.* 39, § 1.

446. L'erede, al quale il possessore restituisce i beni ereditarii, non solo dee rimborsarlo di quanto ha speso pe' detti beni, ma dee altresì indennizzarlo degl'impegni contratti per ragione di qualche fondo attinente all'eredità. Paolo adduce questo esempio: *Si possessor caverit damni* (3) *infecti, cavendum est possessori*; *l.* 40, § 3, *d. tit*.

Si possono addurre altri esempii: nella graduazione del prezzo di un fondo ipotecato ad un credito della eredità del defunto, il possessore, che si era messo in possesso dei beni ereditarii, ha riscosso lo ammontar di questo credito, e si è obbligato a restituire la somma da lui riscossa ad un creditore condizionale anteriore, nel caso in cui si verificasse la condizione del suo credito; questo possessore essendo stato in seguito condannato nel giudizio di petizione di eredita, a restituire all' erede i beni ereditarii, non è tenuto a restituirgli detta somma da lui riscossa nella graduazione, e per la restituzione della quale ha data cauzione, se non a condizione che l'erede gli dia pur esso cauzione d'indennizzarlo, e di pagare la somma nel caso di adempimento della condizione predetta.

(1) Scilicet utiles.

(2) *Secus* in materia di azione di rivendicazione, *supra*, 350.

(3) La cauzione *damni infecti* è quella che il proprietario di una casa vicina alla mia, il quale ha qualche motivo di temere che non cada qualche cosa dalla mia casa, che possa cagionare del danno alla sua, ha diritto di esigere da me ond'io lo garantisca da questo danno nel caso che avvenga. Se il possessore ha contratto un simile impegno verso un vicino per una casa appartenente ad una eredità, l' erede a cui il possessore restituisce questa casa, è tenuto a dar cauzione a detto possessore e ad indennizzarlo.

Io sono d'avviso che in questo caso il possessore il quale non ha contratto tale impegno verso il vicino che in qualità di possessore di questa casa da lui non più posseduta, sia anche autorizzato a denunciare a questo vicino la sentenza emanata sopra la petizione d'eredità, colla quale ne fu spossessato, ed a domandare ch'ei sia in conseguenza liberato dal suo impegno, salvo al vicino il diritto di ricorrere contro l' erede che è entrato in possesso nella casa.

SEZIONE VI.

Delle azioni che sono ad instar *della petizione di eredità.*

447. Quando il re è succeduto per diritto di albinaggio ai beni di un defunto straniero o per mancanza di legittimo erede ad un defunto che non ne abbia lasciati, o per diritto di confisca a quelli di un condannato; parimente quando un feudatario che abbia l' alta giurisdizione succede ai beni di un defunto, di cui non si sappia esistere alcun erede legittimo, o quando succede ad un condannato; in tutti questi casi il re ed il feudatario predetto non sono eredi del defunto nè del condannato, ne' beni del quale essi succedono, perchè erede è quegli il quale succede alla persona del defunto, ed è una continuazione della persona del defunto medesimo, e succede in tutti i suoi diritti attivi e passivi. Ora, il re ed il feudatario di alta giurisdizione, che succedono in tutti i predetti casi ne' beni del defunto o del condannato, non succedono per ciò alla di lui persona, nè alla di lui eredità. Lo straniere che morendo non lascia alcun figlio nato in Francia, ed il condannato ad una pena capitale non lasciano alcuna successione; la loro persona estinguesi intieramente colla loro morte, e nulla lasciano che possa rappresentarla. Il defunto, ne' beni del quale il re ed il feudatario succedono per diritto di beni vacanti, lascia bensì dopo la di lui morte una eredità che rappresenta la sua persona; ma quando, non presentandosi alcun parente per raccoglier questa eredità, il re o il feudatario predetto succedono ai beni che la compongono, non è propriamente che raccolgano l' eredità, nè che a questa succedano; essi non succedono che ai beni che ne dipendono, siccome beni vacanti che nessuno reclama. Lo che apparisce da ciò che il re o il feudatario, i quali succedono a detti beni, non sono direttamente tenuti ai debiti del defunto, come lo sarebbe stato colui che avesse raccolta la sua eredità, essi non ne sono che indirettamente tenuti, perchè questi debiti sono pesi annessi ai beni a' quali essi succedono giusta la nota massima: *Bona intelliguntur cujusque, quae deducto aere alieno supersunt*; *l.* 39, § 1, *ff. de verb. sign.* Essi possono esonerarsene abbandonando i beni, a differenza di un erede che non può liberarsene facendo lo stesso; perciocchè non è solamente a cagione dei beni ch' ei ne è obbligato, ma come successore *in universum jus defuncti.*

Da quanto abbiamo detto risulta che nè il re nè il feudatario di alta giurisdizione possono avere l' azione di petizione di eredità propriamente detta, per rivendicare la successione de' beni di un defunto o di un condannato, che pretendono loro appartenere a titolo di albinaggio, illegittimità di prole, beni vacanti o confisca, contro i possessori che si fossero impadroniti dei detti beni in tutto o in parte, e che ne contrastassero la successione al re o al feudatario; perchè la petizione di eredità come l' abbiamo definita, *supra*, *n.* 385, è un' azione colla quale un erede rivendica una eredità che gli appartiene contro i possessori di certi beni o diritti attinenti a detta eredità, che gliela contendono. Il re o il feudatario non essendo eredi di quello ai beni del quale essi succedono, e questa successione non essendo propriamente una eredità, ne deriva che eglino non possono avere per causa di tal successione la petizione di eredità contro coloro che ad essi la contrastano.

Ma se il re ed il feudatario non possono avere la petizione di eredità per ragione di queste specie di successioni di beni, puossi però loro accordare un' azione che sia *ad instar* della petizione di eredità, mediante la quale eglino possono rivendicare il diritto di successione all' universalità de' beni del defunto o del condannato, che loro appartiene a titolo di albinaggio, illegittimità di prole, beni vacanti, o confisca contro coloro che si sono messi in possesso di detti beni in tutto o in parte, e che loro contendono un così fatto diritto.

Questa azione è, come la petizione di eredità, un' azione *in rem* che nasce dal diritto di proprietà della suc-

cessione alla universalità de' beni del defunto o del condannato, che acquistarono in forza dell' apertura del diritto di albinaggio, d' illegittimità di prole, di beni vacanti, o confisca, con cui il re o il feudatario di alta giurisdizione rivendicano non una cosa particolare, ma il diritto di successione all' universalità de'beni del defunto o del condannato, a titolo di albinaggio, illegittimità di prole, beni vacanti, o confische contro il possessore che loro la contrasta.

Tutto ciò che abbiamo detto della petizione di eredità nelle precedenti sezioni, può applicarsi a questa azione che il re ed il feudatario di alta giurisdizione hanno *ad instar* della petizione di eredità.

448. Similmente, nelle provincie ove si trovan de'servi (*mortaillables*) che non possono far testamento, quando un padrone succede al suo servo, egli non è veramente erede di questo servo; egli succede soltanto alla universalità de' suoi beni; non è dunque la petizione di eredità, ma una azione *ad instar* della petizione di eredità, che egli ha contro coloro che si fossero messi in possesso dei beni o di una parte dei beni di questo servo, o che gli contrastassero questa successione.

449. L' universalità de'beni mobili che un religioso provveduto di un beneficio che lo fece uscire dal chiostro, aveva mentre era in vita, e che lasciò alla sua morte, non è punto una eredità; avvegnachè l' eredità è una successione a tutti i diritti attivi e passivi del defunto, nella quale la persona civile del defunto si continua, e della quale si riveste l' erede che raccoglie l' eredità.

Egli è evidente che ciò non può convenire ad un religioso, il quale avendo in virtù della sua professione religiosa perduto lo stato civile, e quindi dal tal momento avendo cessato di avere una persona civile, non può avere una eredità cha sia la continuazione di una persona civile che più non aveva. L' universalità de' beni mobili che questo religioso ha lasciati alla sua morte, a cui si dà il nome di peculio, non può dunque passare per una eredità; e per conseguenza quelli che la legge chiama alla successione di siffatto peculio, non hanno la petizione di eredità, ma un' azione *ad instar* di questa contro coloro che si fossero messi in possesso di questo peculio o di una parte soltanto, e che loro ne contrastassero la successione.

Fine del Trattato del Dominio di Proprietà.

INDICE
DELLE MATERIE CONTENUTE
NEL TRATTATO
Del Dominio di Proprietà.

PARTE SECONDA.

Capitolo Primo.

Fine dell' Indice del Trattato del Dominio di Proprietà.

TRATTATO

DEL POSSESSO.

ARTICOLO PRELIMINARE.

Sebbene il possesso non abbia niente di comune col dominio di proprietà, *Nihil habet proprietas cum possessione commune*; *l.* 12, § 1, *ff. de acq. poss.*, poichè si può avere il possesso di una cosa senza averne il dominio, e *vice versa* si può averne il dominio senza averne il possesso; nondimeno, siccome il possesso fa presumere il dominio in colui che possiede, ed è una delle maniere di acquistare il dominio, noi abbiamo creduto che si possa aggiungere al Trattato del Dominio di Proprietà, un Trattato del Possesso.

Noi tratteremo nel primo capitolo della natura del possesso, delle sue differenti specie, e de' suoi differenti vizj. Vedremo nel secondo, se si possa cangiare il titolo e le qualità del suo possesso. Nel terzo tratteremo delle cose che sono suscettibili o no di possesso, e di quasi-possesso. Nel quarto, del modo con cui si acquisti il possesso, con cui si ritenga, e delle persone per mezzo delle quali noi possiamo acquistarlo e ritenerlo. Nel quinto, tratteremo delle maniere colle quali si perde il possesso. Nel sesto, dei diritti e delle azioni che nascono dal possesso.

CAPITOLO PRIMO.

Della natura del possesso, delle sue differenti specie, e de' suoi differenti vizj.

ARTICOLO PRIMO.

Della natura del possesso.

1. Il giureconsulto Paolo così definisce il possesso: *Possessio appellata est a sedibus* (1) *quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci appellant.*

Si può definirlo: la detenzione di una cosa corporale, che noi teniamo in nostro potere, o da noi stessi, o per mezzo di un altro che in nostro nome per noi la ritiene.

2. Il possesso è un fatto piuttosto che un diritto nella cosa che si possiede. Un usurpatore ha veramente il possesso della cosa della quale ingiustamente si è impadronito; ma è evidente ch' egli non ha alcun diritto in questa cosa.

3. Sebbene il possesso non sia un diritto nella cosa, dà però al possessore molti diritti, rapporto alla cosa, ch' egli possiede. 1.° Lo fa riputare proprietario, sin tanto che il vero proprietario non si fa conoscere, e non la riclama. 2.° Il possesso dà al

(1) Quest' è la lezione Fiorentina; la volgata dice: *a pedibus quasi pedum positio.*

possessore delle azioni per farvisi mantenere, allorchè vi è turbato, o per farselo restituire, allorchè n' è spogliato.

Noi tratteremo delle azioni nel sesto capitolo.

Questi due effetti del possesso sono comuni al possesso che procede da un giusto titolo ed a quello che è di ogni titolo destituito, a quello di mala fede come a quello di buona fede.

Un terzo effetto del possesso che è particolare a quello che procede da un giusto titolo e che è di buona fede, consiste nel fare acquistare al possessore, dopo esser durato un certo tempo, il dominio della cosa che ei possiede; quest' è ciò che si chiama diritto di usucapione o prescrizione, di cui noi parleremo in un trattato che deve a questo seguire.

4. I giureconsulti romani avevano fatto insorgere sulla natura del possesso questa quistione: se due persone potessero avere qualche volta ciascuna il possesso pel totale di una cosa stessa. Si conveniva che questo non era un principio tolto dalla natura delle cose, poichè due persone non possono avere ciascuna nel totale il possesso di una cosa stessa: *Plures eamdem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut quum ego aliquid teneam, tu quoque id possidere videaris*; *l.* 3, § 5, ff. *de acquir. possess.*.

Ma i Sabiniani pensavano che questo principio fosse suscettibile di una distinzione; essi convenivano che due persone non possono aver ciascuna pel totale la stessa specie di possesso di una stessa cosa, come insegna Giuliano, che era della loro scuola: *Duo in solidum precario non magis possunt, quam duo in solidum vi possidere aut clam; nam neque justae neque injustae possessiones duae concurrere possunt*; *l.* 19, ff. *de precar.* Ma i giureconsulti di questa scuola pensavano che potrebbe sembrare che una persona abbia *in solidum* il giusto possesso di una cosa nel tempo stesso che lo abbia colui il quale lo ha spogliato; egualmente che colui il quale ha dato ad alcuno a titolo di precario il possesso della sua cosa, può sembrare averne *in solidum* il possesso civile con colui al quale l' ha data a questo titolo.

I Proculejani pensavano più sanamente e più conformemente alla natura delle cose, che il principio il quale dice che due non possono avere ciascuno nel totale il possesso di una cosa stessa, non era suscettibile d' alcuna distinzione; che nel tempo che l' usurpatore aveva il possesso della cosa ch' egli aveva usurpata, la persona che ne era stata spogliata non poteva conservarne il possesso; similmente che colui il quale aveva dato ad alcuno a titolo di precario il possesso di una cosa, non ne conservava alcun possesso, durante il possesso precario di colui al quale l' aveva data a questo titolo: *Sabinus scribit, eum qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum qui precario acceperit; idem Trebatius probabat existimans posse alium juste, alium injuste possidere duos injuste, vel duos juste non posse: quem Labeo* (1) *reprehendit, quoniam in summa* (2) *possessionis non multum interest juste quis an injuste possideat.*

Questo sentimento de' Proculejani prevalse; poichè Paolo aggiunge tosto dopo: *Quod est verius, non enim magis eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco in quo ego sto, vel in quo sedeo, tu sedere videaris*; *d. l.* 3, § 5.

Due persone non possono per verità possedere ciascuna separatamente nel totale una stessa cosa; ma due persone che posseggono in comune una cosa, allorchè questa cosa è indivisibile, la posseggono congiuntamente ciascheduno nel totale; poichè non possono possedere in parte una cosa la quale, essendo indivisibile, non è suscettibile di parti. Per esempio, allorchè due persone posseggono in comune una casa, la quale ha un diritto di servitù sulla casa vicina, essendo questo diritto una cosa

(1) Il quale era capo della scuola opposta.
(2) *In summa possessionis*, cioè, quanto al fatto nel quale consiste il possesso.

indivisibile, ciascuna di esse possiede nel totale, non separatamente, ma in comune, questo diritto di servitù.

5. Riguardo a ciò che abbiamo detto, che due persone non possono possedere separatamente una cosa ciascuna nel totale, il possesso conviene col dominio che due persone non possono similmente avere ciascuna nel totale: *Duo non possunt esse domini in solidum*; ma ne differisce in ciò che il dominio non può procedere che da un solo e medesimo titolo; poichè avendo una volta acquistato il dominio di una cosa, a qualunque siasi titolo, io non posso più acquistarlo con altro titolo, essendo impossibile, *per rerum naturam*, ch' io acquisti ciò ch' è di già mio: *Quod meum est, amplius meum fieri non potest.* Al contrario, il possesso che noi abbiamo di una cosa, può procedere da più titoli: *Ex plurimis causis possidere possumus, ut quidam putant; et eum qui usuceperit, et pro suo* [1] *possidere; sic enim et si ei, qui pro emptore possidebat, haeres sim, eamdem rem et pro emptore et pro haerede possideo; nec enim, sicut dominium non potest nisi ex una causa contingere, ita et possidere ex una dumtaxat causa possumus*; *d. l.* 3, § 4.

ARTICOLO II.

Delle differenti specie di possesso.

6. Vi sono due principali specie di possesso: il possesso civile, ed il possesso puramente naturale.

Il possesso civile si è il possesso di colui che possiede una cosa come a lui appartenente in proprietà, o ch' egli ne sia effettivamente il proprietario, o ch' egli abbia soltanto qualche giusto motivo per credere di esserlo: *Possessio animo dominantis.*

Affinchè un possesso sia possesso civile, è necessario che proceda da un giusto titolo; cioè che sia di natura da poter trasferire la proprietà, come è il titolo di vendita, di permuta, di donazione, ec.; sia che questo titolo abbia effettivamente trasferita la proprietà della cosa al possessore, sia che per incapacità di alienare in quello da cui il possessore ha ricevuta la cosa a questo titolo, il titolo gli abbia dato soltanto un giusto motivo di credersene proprietario.

Questi differenti titoli, da cui procede il possesso civile, formano altrettante differenti specie di possesso civile: *Genera possessionum tot sunt, quot et causae acquirendi ejus quod nostrum non sit: velut pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro haerede, pro noxae debito, pro suo, sicut in his quae terra marique vel ab hostibus capimus, vel quae ipsi ut in rerum natura essent fecimus; et in summa magis unum genus est possidendi, species infinita*; *d. l.* 3, § 21, *ff. d. tit.*

7. Noi tratteremo di questi differenti titoli, nel nostro Trattato delle Prescrizioni.

Osserviamo soltanto che, acciocchè il possesso che voi avete di una cosa sia riputato procedere da uno di questi giusti titoli, *puta* perchè sia un possesso *pro emptore*, a titolo di compra, e che sia in conseguenza un possesso civile e giusto, non basta che vi sia stato un contratto di vendita, col quale voi abbiate effettivamente comperato questa cosa; ma è necessario che la tradizione ve ne sia stata fatta, in esecuzione di questo contratto, dal venditore dal quale voi l' avete comprata, o da' suoi rappresentanti. Ma se voi vi siete impadronito di questa cosa di vostra privata autorità, senza il consenso del venditore, il vostro possesso non è un possesso *pro emptore*; egli è un possesso *pro possessore*, ed è un possesso ingiusto: *Si vendidero (tibi) nec tradidero rem, si non voluntate mea nactus sis possessionem, non pro emptore possides, sed praedo es*; § 5, *ff. d. tit.*

Ma così non sarebbe se, sul rifiuto del vostro venditore, vi foste fatto mettere dal giudice in possesso della cosa che avete comperata, ed il vostro possesso sarebbe un giusto possesso *pro emptore*. Così c' insegna Paolo: *Juste possidet qui auctore praetore possidet*; *l.* 11, *ff. d. tit.*

(1) L' usucapione è un nuovo titolo *pro suo*, aggiunto al titolo *pro emptore*.

8. Perchè si reputi che un possesso proceda da un giusto titolo, e che in conseguenza sia possesso civile, è necessario che il possessore provi la esistenza di questo titolo, o ch' egli abbia posseduto per un tempo abbastanza lungo da far presumere che vi sia intervenuto un titolo. Noi vedremo altrove qual sia questo tempo.

9. Il possesso che procede da un giusto titolo, è un giusto possesso, un possesso civile, quand' anche questo titolo non avesse trasferita la proprietà della cosa al possessore, come l' abbiamo già osservato *supra*; ma è necessario in questo caso che il titolo sia accompagnato dalla buona fede; cioè che il possessore non abbia saputo che colui, dal quale comperava la cosa, non aveva il diritto di alienarla.

Il titolo fa presumere questa buona fede nel possessore, sinchè non si provi il contrario; spetta a colui, che impugna la legittimità di un possesso che procede da un titolo ingiusto, il provare che il possessore sapeva che colui, dal quale lo ha acquistato, non era proprietario della cosa, e non aveva il diritto di alienarla.

10. Passiamo al possesso puramente naturale. Ve ne sono di molte specie.

La prima si è quella che manca di titolo, e quando il possessore non può dare alcuna giusta ragione del perchè egli possieda: *Qui interrogatus cur possideat*, *responsurus sit*, *quia possideo*; *l.* 12, ff. *de haered. petit.* Si chiama questo possesso *possessio pro possessore.*

Sebbene il possessore non presenti alcun titolo del suo possesso, allorchè questo è durato un tempo abbastanza considerabile da farne presumere uno, non apparendo d' altronde alcun vizio in esso, non si deve riguardarlo come assolutamente mancante di titolo, riputandosi derivare da un titolo presunto; per conseguenza è un possesso civile, e non un possesso puramente naturale.

11. La seconda specie di possesso puramente naturale si è quella, che deriva da un titolo di natura tale da trasferire la proprietà, ma che è infetto di mala fede, la quale consiste nella cognizione che il possessore aveva che colui, dal quale ha acquistato la cosa, non aveva il potere di alienarla.

12. La terza specie di possesso puramente naturale, si è quella che deriva da un titolo nullo; poichè un titolo nullo non è un titolo, ed il possesso che ne deriva è un possesso senza titolo; tale si è quello che uno de' conjugi ha di una cosa, di cui l' altro gli ha fatto donazione durante il matrimonio, contro il divieto della legge: *Quod uxor viro, aut vir uxori donavit, pro possessore possidetur*; *l.* 61, ff. *de acquir. poss.*

13. Infine, la quarta specie di possesso puramente naturale, è quella che deriva da un titolo valido, ma che non è di natura da trasferire la proprietà. Sebbene il possesso che deriva da un tale titolo, sia *giusto* in un senso, poichè non rinchiude alcuna ingiustizia, nondimeno non è ciò che si chiama *giusto possesso*, prendendo questo vocabolo, *giusto possesso*, in un senso proprio, per un possesso civile, per un possesso *animo dominantis.*

Si può addurre per esempio del possesso che deriva da titoli che non sono di natura da trasferire la proprietà, quello di uno che riceve in pegno. Costui non possiede la cosa che tiene a titolo di pegno *tamquam rem propriam*, egli la possiede al contrario *tamquam rem alienam*, come cosa della quale è proprietario quegli che la lascia in pegno, e che può, rimborsandone la somma per la quale è stata data in pegno, rientrarne in possesso. Questo possesso non è un possesso civile, un possesso *animo dominantis*, ma un possesso naturale.

Lo stesso dicasi del possesso di un usufruttuario, cui il proprietario ha trasferito espressamente il possesso della cosa, pel tempo che dura l' usufrutto; questo possesso è un possesso naturale: *Naturaliter videtur possidere is qui usumfructum habet*; *l.* 12, ff. *d. tit.*

Tale è altresì il possesso di colui a cui è affidata la cosa sequestrata, allorchè due persone le quali si contrastano l' una l' altra non solo la proprietà di una cosa, ma ancora il

possesso, non potendo nè l' una nè l' altra giustificare il possesso, convengono di sequestrarla, *non simplicis custodiae causa*, ma coll' intenzione di spogliarsi del possesso da esse rispettivamente preteso, e di rimetterla ad un terzo, sino alla decisione della lite sulla proprietà; o allorchè, senza esserne convenute le parti, il giudice abbia così ordinato. Sebbene in questi casi il possesso di colui cui è affidata la cosa sequestrata, sia un vero possesso che deriva da un titolo valevole, è però semplicemente un possesso naturale, poichè possiede la cosa *tamquam rem alienam*, non *tamquam rem propriam*; e non la possiede *animo dominantis*.

Un quarto esempio di un possesso naturale che procede da un titolo valevole, ma che non è di natura da trasferire la proprietà, si è quello che ha alcuno a titolo di precario; il possessore, che possiede una cosa a questo titolo, la possiede *tamquam rem ejus a quo eam precario rogavit*, non la possiede *tamquam rem propriam*; il suo possesso non può essere adunque che un possesso naturale, e non può essere un possesso *animo dominantis*, un possesso civile.

14. Si osservi una differenza tra la prima specie di possesso naturale, e le altre tre. La prima specie di possesso naturale, la quale è quella di colui che non esibisce alcun titolo del suo possesso, non si reputa possesso puramente naturale, se non quando sia durato un tempo troppo breve, non sufficiente a far presumere un titolo; altrimenti si reputa derivare da un giusto titolo, se non esibito, almeno presunto a cagione del lungo tempo che questo è durato, ed è in conseguenza riputato possesso civile, *possessio animo dominantis*.

Al contrario, le tre altre specie di possesso, come quello che è infetto di mala fede, quello che deriva da un titolo nullo, quello che deriva da un titolo valevole, ma che non è di natura da trasferire la proprietà, per quanto lungo tempo siano durati, non sono che possessi naturali; poichè la mala fede di cui il possesso è infetto, egualmente che la nullità o la qualità del titolo da cui deriva, riclamano perpetuamente contro la qualità di possesso *animo dominantis*, e di possesso civile che gli si voleva dare. Da ciò viene quest' assioma di diritto: *Melius est non habere titulum, quam habere vitiosum*.

15. Non bisogna confondere col possesso naturale la detenzione di coloro che tengono una cosa per un altro, ed a nome di un altro; come sono i fittajuoli, gl' inquilini, i depositarj, i comodatarj; la detenzione di tali cose loro affittate, o date in deposito, o prestate, non è che una pura detenzione, *mera custodia*, e non è neppure un possesso puramente naturale; poichè ritenendo la cosa non a loro nome, ma a nome di colui che loro l' ha affittata, o data in deposito, o prestata, ritenendola, come suoi fittajuoli, conduttori, o depositarii, è colui, che l' ha loro affittata, data in deposito, o prestata, il quale la possiede col loro ministero. Essi non possono adunque possederla, poichè due persone non possono possedere nel tempo stesso *in solidum* la stessa cosa: *Plures eamdem rem in solidum possidere non possunt*; *l.* 3, § 5, ff. *de acq. posses.* La detenzione che essi hanno della cosa non può adunque riguardarsi come un possesso neppur naturale che essi ne abbiano: *Eam rem non possident, sed sunt in possessione ejus rei illius nomine qui eam per ipsos possidet.* Così insegna l' imperatore Alessandro Severo: *Qui ex conducto possidet, quamvis corporaliter teneat, non tamen sibi, sed domino rei* (che glielo ha dato in affitto) *creditur possidere*; *l.* 1, *Cod. comm. de usuc.* Poichè è il locatore che possiede per mezzo del conduttore, *et per colonos et inquilinos aut servos nostros possidemus*; *l.* 25, § 1, ff. *de acq. poss.*

16. Non è lo stesso di un custode o commissario stabilito ad un sequestro, sia di mobili, sia di frutti pendenti, sia ancora al pignoramento di un fondo. Questo custode o commessario non ha che una semplice custodia delle cose sequestrate, alle quali egli è stabilito custode, egli non ne ha alcun possesso, e le ritiene per la parte sequestrata, ed a di lei nome, la quale continua ad averne per mezzo di lui il possesso, finchè non ne

venga spogliata colla vendita ed aggiudicazione. Il nostro Statuto di Orleans ne ha una disposizione nell' art. 3, ove dice: *la mano della giustizia non toglie il possesso a veruno*. Così insegna altresì Pomponio riguardo alle differenti specie di sequestri de' beni che erano in uso secondo il diritto romano: *Quum legatorum vel fideicommissi servandi causa, vel quia damni infecti non caveatur, bona possidere praetor permittit, vel ventris nomine in possessionem non mittit, non possidemus, sed magis custodiam et observationem nobis concedit*; *l*. 12, ff. *quib. ex caus. in poss.*

ARTICOLO III.

Dei differenti vizj de' possessi.

17. Il vizio più ordinario del possesso è la mala fede.

Questa mala fede non è altro che la cognizione in cui è il possessore, che la cosa ch' ei possiede, e di cui si fa creder proprietario, non gli appartiene; è *scientia rei alienae*.

18. Questo vizio non si presume in un possesso che deriva da un giusto titolo, ma ne è però suscettibile; spetta a colui che attacca la legittimità d' un tale possesso, a provare la mala fede del possessore, cioè la cognizione ch' egli ha avuto che colui, dal quale ha acquistata la cosa, non aveva il diritto di alienarla, come lo abbiamo già osservato, *supra*.

Al contrario, il vizio della mala fede si presume in un possesso di cui non si presenti alcun titolo, a meno che non sia durato per un tempo abbastanza lungo per farne presumere uno.

19. Una seconda specie di vizio del possesso, è la violenza.

Il possesso *violento* rinchiude anche il vizio della mala fede; ma oltre questo vizio, ne rinchiude un altro, cioè quello della violenza che gli è particolare. Per esempio, possesso violento di una cosa mobiliare è il possesso d' un rapitore che ne ha spogliato con violenza colui, presso cui essa stava. Il possesso violento di un fondo è quello di colui, che ne ha scacciato con violenza l' antico possessore.

20. Il mio possesso è egli un possesso violento, allorchè essendomi, durante l' assenza del possessore, introdotto in un fondo ove non ho trovato alcuno, dipoi, prima che ne avessi acquistato il possesso con un anno ed un giorno, io gli abbia impedito di rientrarvi? La ragione di dubitare si è, che io non ho impiegato alcuna violenza per entrare in questo fondo. Nondimeno Ulpiano decide che tale possesso è un possesso violento: *Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit, et dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem....... si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi possidere, non clam*; *l*. 6, § 1, *de acq. posses.*

La ragione di questa decisione si è, che il possessore, il quale era uscito dal suo fondo, ne conservava il possesso colla volontà ch' egli aveva di rientrarvi, come lo vedremo fra poco. Allorquando io gli ho impedito di rientrarvi, allora io l' ho spogliato del suo possesso, e l' ho acquistato; avendo impiegato perciò la violenza, si fu per violenza ch' io acquistai il possesso di questo fondo, ed il possesso di questo fondo è un possesso violento. Vedete, *infra*.

21. Perchè si reputi aver io acquistato con violenza il possesso di una cosa, ed averne spogliato l' antico possessore, non importa che sia propriamente l' antico possessore stesso ch' io abbia spogliato, o quelli che per lui ed in suo nome la ritenevano: *His dejectis, ipse de possessione dejici videtur*; *l*. 1, § 22, ff. *de vi et vi arm*. Vedete, *infra*.

22. Non importa altresì che colui, il quale io ho spogliato della cosa della quale mi son impadronito con violenza, ne fosse o no il proprietario; basta ch' egli ne fosse il possessore, perchè il possesso ch' io ho acquistato spogliandonelo, sia un possesso violento: *Fulcinius dicebat vi possideri, quoties vel non dominus, quum tamen possideret, vi dejectus est*; *l*. 8, ff. *d. tit.*

23. Perchè si reputi aver io spogliato con violenza il possessore della cosa di cui mi sono impadronito, e che il mio possesso sia un possesso violento,

non importa ch' io stesso abbia esercitato la violenza, o che altri l' abbiano fatto per mio ordine ed a mio nome, poichè si reputa averlo fatto io stesso; secondo questa regola di diritto: *Dejicit et qui mandat* (*l.* 152, ff. *de reg. jur.*), *parvi referre visum est suis manibus quis dejiciat, an per alium*; *l.* 1, § 12, ff. *de vi et vi arm.*

Si reputa similmente aver fatto io stesso ciò che alcuno ha fatto in mio nome, sebbene senza mio ordine, allorchè dipoi io vi abbia dato la mia approvazione, poichè è massima che *In maleficio ratihabitio mandato comparatur*, *d. l.* 152, § 2, ff. *de reg. jur.*, *si quod alius dejerit ratum habuero, sunt qui putant, secundum Sabinum et Cassium, qui ratihabitionem mandato comparant, me videri dejecisse . . . et hoc verum est*; *d. l.* 1, § 14, ff. *de vi et vi arm.*

24. Nulla influisce altresì quale specie di violenza sia stata adoperata; non importa che questa fosse a mano armata o senz' armi; con unione di genti o senza; basta che per la violenza da me esercitata il possessore della cosa, di cui io mi sono impadronito, ne sia stato spogliato suo malgrado, o senza alcun suo consenso.

25. Ma se io avessi fatto acconsentire il possessore a farmi una cessione della sua cosa, sebbene io avessi impiegato la violenza e le minacce, per estorquere da lui questo consenso; il possesso della cosa che io ho acquistato con questa cessione è un possesso ingiusto, perchè derivante da un titolo ingiusto; ma non sarebbe un possesso violento, imperciocchè non si può dire in questo caso, che colui il quale mi ha fatto la cessione della cosa ne sia stato spogliato: *Non est vi dejectus qui compulsus est in possessionem inducere*; *l.* 5, ff. *de vi et vi arm.*

26. Infine, non vi è possesso *violento* fuori di quello ch' è stato acquistato con violenza. Se avendo acquistato senza violenza il possesso di una cosa, io impiego la forza contro colui ch' è venuto a disturbarmi, il mio possesso non è perciò un possesso violento: *Qui per vim possessionem suam retinuerit*, *Labeo ait non vi possidere*; *l.* 1, § 28, ff. *d. tit.*

27. Una terza specie di vizio del possesso, è il vizio di clandestinità. Chiamasi *clandestinità*, il possesso che alcuno ha acquistato per vie clandestine, cioè nascondendosi a colui che egli temeva dovesse rivendicarlo: *Clam possidere eum dicimus qui furtive ingressus est possessionem, ignorante eo quem sibi controversiam facturum suspicabatur, et ne faceret, timebat*; *l.* 6, ff. *dict. tit.*

28. Si dee aver riguardo al tempo nel quale alcuno ha acquistato il possesso di una cosa, per decidere se questo sia clandestino. E perciò, allorquando il possessor di una cosa, che non ne ha acquistato il possesso per vie clandestine, avendo poscia saputo che questa apparteneva ad una certa persona, l' abbia nascosta per impedire a questa persona di rivendicarla, il suo possesso non diviene perciò clandestino: *Is qui, quum possideret non clam, se celavit, in ea causa est ut non videatur clam possidere. Non enim ratio obtinendae possessionis, sed origo nanciscendae exquirenda est*; *d. l.* 6. Africano riporta quest' esempio: *Servum tuum a Titio emi, et traditum possedi: deinde quum comperissem tuum esse, ne eum peteres celare coepi, non ideo magis clam possidere videri me ait*: *l.* 40, § 2, *d. tit.*

29. Siccome il possesso ch' io non ho acquistato con vie clandestine, non diviene clandestino, sebbene dopo io l' abbia nascosto, similmente il possesso di una cosa, ch' io ho acquistata con vie clandestine, nascondendola ad una persona che avrebbe potuto rivendicarla, non cessa di esser clandestino, sebbene dopo io ne abbia dato contezza a questa persona. E perciò Africano, dopo ciò che abbiamo riportato, aggiunge tosto: *Retro quoque, si sciens tuum servum non a domino emerim, et tunc clam eum possidere caepissem, postea certiorem te fecerim, non ideo desinere me clam possidere*; *d.* § 2.

30. Una quarta specie di vizio nel possesso è quella che risulta dall' inabilità del titolo, da cui procede, a trasferire la proprietà.

CAPITOLO II.

Se si possa cangiar il titolo e la qualità del proprio possesso.

31. È questo un antico principio di diritto, che non si può colla sola volontà, nè col solo decorso del tempo, cangiare a sè stesso la causa del proprio possesso: *Illud a veteribus praeceptum est, neminem* (1) *sibi ipsi causam possessionis mutare posse*; *l.* 3, § 19, *ff. de acq. posses.*

Per esempio, se constasse che una cosa che io posseggo, mi fosse stata data a titolo di pegno, avendo cominciato a possederla con questo titolo, qualunque dichiarazione che io ne faccia, per qualunque tempo che ne passi, sino a che non si esibiscano altri titoli avuti dopo, io, i miei eredi e gli eredi de' miei eredi *in infinitum*, continueranno sempre a posséderla con questo titolo di pegno, il quale resisterà sempre alla prescrizione che noi potessimo pretendere di questa cosa.

32. Questo principio ha luogo non solo riguardo al possesso, ma anche riguardo alla nuda detenzione di una cosa che alcuno tiene non in suo nome, ma per altri e a nome d' altri. Per esempio, se constasse che il fondo nel quale io sono, sia stato dato in locazione a me o ad alcuno di cui io sono l' erede mediato o immediato, per qualunque tempo che sia passato dopo tale locazione, per qualunque tempo ch' io non ne abbia più pagato il fitto, sin che non si esibiscano altri titoli sopravvenuti dappoi, si reputa aver io continuato a ritenere questo fondo in qualità di fittajuolo di colui che n' ha fatto la locazione, o de' suoi eredi. Similmente, se constasse che una cosa la quale è presso di me, sia stata prestata o data in deposito, o a me o ad alcuno di cui io sia l' erede, per quanto lungo sia il tempo ch' ella è presso di me, sinchè non si esibisce altro titolo, si reputa sempre averla io ritenuta come un prestito o un deposito di colui che l' ha data o prestata; ed io non posso per conseguenza per qualunque siasi tempo acquistarla per diritto di usucapione: *Quod vulgo respondetur, causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis* (2) *intelligatur; et propterea responsum est neque colonum, neque eum apud quem res deposita, aut cui est commodata, lucri faciendi causa pro haerede* (3) *usucapere posse*; *l.* 2, § 1, *ff pro haerede.*

33. Non solo non si può cangiare da sè la causa ed il titolo del proprio possesso, ma ancora non si può cangiarne la qualità ed i vizj; quale è in principio, tale sempre continua. Per esempio, se il possesso è cominciato coll' essere un possesso violento, clandestino, di mala fede, precario, continuerà sempre ad esser tale non solo nella persona di colui nel quale è cominciato, ma anche in quella de' suoi eredi, e degli eredi dei suoi eredi *in infinitum*, qualunque buona fede essi avessero; poichè essendo gli eredi la continuazione della persona del defunto, essendo *successores in universum jus defuncti*, il possesso nel quale sono succeduti al defunto è lo stesso possesso che avrebbe il defunto, il quale continua colle stesse qualità e cogli stessi vizj che aveva allorquando ha cominciato; e da questo principio si è formato l' assioma di diritto: *Vitia possessionum a majoribus contracta perdurant*; *l.* 14, *Cod. de acq. poss.* E

(1) *Praeceptum* si prende qui per *definitum tamquam certissima juris regola.*

(2) I vocaboli di *possessio naturalis* sono presi qui *large*, in un senso improprio, per ogni detenzione di una cosa qualunque ella sia, ed ancora per la nuda detenzione di coloro che tengono una cosa per altri, ed a nome altrui, come apparisce dagli esempj che seguono.

(3) *Id est ille rem ex causa conductionis, vel ex causa depositi aut commodati temet causam suae detentionis mutare non potest contingendo apud se alium titulum possessionis, puta, titulum pro haerede, ut possit hujus lucrum facere et eum usucaperes. Ita Cujac. ad hanc l. in comm. ad dig. Juliani.*

ciò è conforme a que' principj che Papiniano dice: *Quum haeres in jus omne defuncti succedit, ignoratione sua, defuncti vitia non excludit*; *l.* 11, ff. *de div. temp. praescr.*

34. Ma non è già lo stesso di un successore, il quale sia succeduto ad alcuno in una cosa a titolo particolare, il possesso che ha questo possessore, il quale deriva dal titolo col quale l' ha acquistato, è un possesso che gli è proprio, che comincia nella sua persona, che non è una continuazione di quello che ne ha avuto il suo autore, e che non può averne per conseguenza nè la qualità, nè i vizj.

È vero che questo possessore ha la facoltà di unire al suo possesso quello che ha avuto il suo autore; ed allorchè ve l' unisce, non può unirvelo, se non colle sue qualità e co'suoi vizj. Ma siccome quest' è una facoltà ch' egli ha, della quale egli può a suo piacere usare o no, egli non unisce al suo possesso quello del suo autore, se non quando sia giusto.

35. Colui che ha possesso, o anche la nuda detenzione della cosa, non può, come pure i suoi eredi, con una semplice destinazione, nè con qualunque siasi decorso di tempo, cangiare la causa nè le qualità del suo possesso, o detenzione, sin che non apparisca alcun nuovo titolo di acquisto; ma questo possessore o detentore può, durante il suo possesso o detenzione, acquistare con un nuovo titolo di acquisto la cosa che possedeva o deteneva soltanto, ed avrà un nuovo possesso di questa cosa che procederà da questo nuovo titolo, e che non sarà più il possesso o detenzione ch' egli aveva da prima, e che cessa di avere acquistandone il nuovo. Così c' insegna Marcello: *Quod scriptum est apud veteres, neminem sibi causa possessionis mutare posse, credibile est de eo cogitatum, qui et corpore et animo possessioni incumbens, hoc solum statuit, ut alia ex causa id possideret; non si quis, dimissa possessione prima, ejusdem rei denuo ex alia causa possessionem nancisci velit*; *l.* 19, § 1, ff. *de acq. poss.* Giuliano porta questo esempio: *Si quis emerit fundum sciens ab eo cujus non erat, possidebit pro possessore: sed si eumdem a domino emerit, incipiet pro emptore possidere, nec videbitur sibi ipsi causam possessionis mutasse*; *l.* 33, § 1, ff. *de usurp. et usucap.*

Similmente: *Si is, qui apud me deposuit, vel commodavit eam rem vendiderit mihi vel donaverit, non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem*; *l.* 3, § 20, ff. *de acq. possess.*

36. Siccome di possessore di mala fede ed anche di semplice detentore di una cosa ch' io riteneva per un altro, ed a nome d' un altro, io posso con un nuovo titolo divenirne il legittimo possessore, come negli esempj qui sopra riportati; similmente, *vice versa*, di legittimo possessore che io era d' una cosa, posso con un nuovo titolo non più ritenerla che per altri, e a nome di altra persona; per esempio, quando io venda una cosa, di cui io era legittimo possessore, ad alcuno che la dà a me stesso in affitto. In questo caso, *non muto mihi causam possessionis, sed desino possidere, et alium possessorem ministerio meo facio*; *l.* 18, ff. *de acq. posses.*

CAPITOLO III.

Quali cose siano suscettibili o no del possesso e del quasi-possesso.

37. Non vi sono che le cose corporali, le quali sieno suscettibili di possesso: *Possideri possunt quae sunt corporalia*; *l.* 3, ff. *de acq. possess.*

Ciò risulta della definizione, e dalle nozioni che abbiamo date del possesso nel principio di questo Trattato; possedere una cosa, ritenere una cosa da noi stessi, o per mezzo di altri che la ritengono in nostro nome, essendo *rei insistere, incubare*, egli è evidente che ciò non può convenire, se non alle cose corporali.

Anche fra le cose corporali, ve ne

sono alcune che non sono suscettibili di possesso. Tali sono quelle che sono *divini aut publici juris*, come una chiesa, un cimiterio, una piazza pubblica. Egli è evidente che queste cose non possono esser la materia del possesso de' particolari.

Una cappella particolare che sia in un nostro podere, essendo una cosa consacrata a Dio, una cosa *divini juris*, noi non possiamo per verità possederla *per se*, ma si reputa che noi la possediamo col podere, di cui ella è una dipendenza.

38. Le cose incorporali, cioè quelle *quae in jure consistunt*, non sono suscettibili per verità d' un possesso vero, e propriamente detto; ma sono suscettibili di un quasi-possesso: *Jura non possidentur, sed quasi-possidentur*.

Questo quasi-possesso di un diritto consiste nel godimento che ne ha colui al quale appartiene. Per esempio, si reputa aver io il quasi-possesso di un diritto di decima, per la percezione ch' io ne faccio. Si reputa aver io il quasi-possesso di un diritto feudale, di un diritto di censo, d' una rendita fondiaria o costituita, per le approvazioni che io do, pe' riconoscimenti a me fatti, pei pagamenti ch'io ricevo o di censi, o di annualità della rendita.

Si reputa aver io il quasi-possesso di un diritto di servitù quando io fo nello stabile, a vista e saputa del proprietario di esso, ciò che il mio diritto di servitù mi dà diritto di farvi.

Io ho il quasi-possesso di un diritto di giurisdizione su di un territorio, per gli atti di giustizia che vi esercitano i miei uffiziali, per la comparsa de' vassalli alle sedute che tiene il mio giudice, e per la contumacia ch' egli pronunzia contro gli assenti. In generale, il godimento ch' io ho di un diritto, qualunque siasi, ne è un quasi-possesso.

Questo quasi-possesso è suscettibile delle stesse qualità, e degli stessi vizj del vero possesso.

CAPITOLO IV.

Come si acquisti, si ritenga, e si perda il possesso.

SEZIONE PRIMA.

Come si acquisti il possesso.

39. Per acquistare il possesso di una cosa è necessaria la volontà di possederla, aggiunta al prender la cosa stessa: *Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore*; *l.* 3, § 1, ff. *de acq. possess.*

Noi tratteremo nel primo paragrafo della volontà di possedere; nel secondo, del prender la cosa; nel terzo, delle persone che sono capaci o incapaci di acquistare il possesso, nel quarto, delle persone dalle quali noi possiamo acquistarlo.

§ 1. *Della volontà di possedere.*

40. Egli è evidente che non si può acquistare il possesso di una cosa, senza avere la volontà di possederla. Per esempio, io entro nel gabinetto di una persona cui vado a render visita; attendendola, prendo un libro che trovo sul suo banco per veder cosa sia; egli è chiaro, che sebbene io l' abbia nelle mie mani, non ne acquisto il possesso, poichè io non ho la volontà di possederlo.

Similmente riguardo ai fondi; se in un viaggio io vado a dormire nel castello di un mio amico assente, sebbene sia solo in questo castello, non ne acquisto il possesso, poichè non ho la volontà di acquistarlo: *Qui jure familiaritatis amici fundum ingressus est, non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit*; *l.* 41, ff. *de acq. possess.*

Da questo principio, che per acquistare il possesso di una cosa, conviene avere la volontà di possederla, ne segue che se io ho comprato da voi una cosa, e voi me ne consegnate

un' altra, ch' io prendo erroneamente per quella che io ho acquistata, e di cui ho intensione di acquistare il possesso, non acquisto il possesso nè di quella che ho ricevuto per errore, poichè non è quella di cui io ho volontà di acquistare il possesso, nè di quella che ho la volontà di acquistare, perchè io non l' ho ricevuta: *Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum, et in Cornelianum iero, non acquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus*; *l.* 34, *ff. d. tit.*

§ 2. *Del prender la cosa.*

41. Il possesso si acquista *corpore et animo*, come l' abbiamo già detto. Non basta dunque ch' io abbia la volontà di possedere una cosa della quale voi consentite ad abbandonarmi il possesso; perchè io possa acquistarlo è necessario che io prenda corporalmente la cosa; se questa è un mobile, convien che questo mobile mi sia rimesso fra le mani, o in quelle di alcuno che lo riceva per me ed in mio nome; se è un fondo, è necessario ch' io mi porti su questo fondo per mettermene in possesso, che vi faccia andare alcuno, il quale vi si mette in possesso da parte mia. Per altro, si reputa aver io acquistato il possesso di tutto il fondo, tosto che io vi sono entrato, che vi ho messo piede, o io stesso o alcun altro da parte mia, senza che sia necessario che io, o colui ch'io ho mandato, ci portiamo su tutti i pezzi di terra di cui il fondo è composto: *Quod diximus et corpore et animo acquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet; sed sufficiet quamlibet partem ejus fundi introire, dum mente et cogitatione haec sit, ut totum fundum usque ad terminum velit possidere*; *l.* 3, § 1, *ff. de acq. posses.*

Ciò ha luogo riguardo a colui che acquista il possesso di un fondo che l' antico possessore acconsente di abbandonargli. Ma non è così di un usurpatore che s' impadronisce con violenza di un fondo da cui scaccia l' antico possessore; quest' usurpatore non acquista il possesso che a palmo a palmo, secondo le parti del fondo di cui s' impadronisce: *Si cum magna vi ingressus est exercitus, eam tantummodo partem, quam intraverit, obtinet*; *l.* 18, § 4, *ff. d. tit.*

42. Dal principio che è necessario il prender corporalmente la cosa per acquistarne il possesso, nasce la decisione di una quistione nel caso seguente. Un operajo, facendo per mio ordine una fossa nel mio fondo, vi ha scoperto un vaso nel quale era un tesoro; egli è venuto ad avvisarmene: si domanda se la cognizione ch' io ho che questo tesoro è nel mio fondo, aggiunta alla volontà ch'io ho di possederlo, me ne faccia acquistare il possesso, almeno per la parte che a me appartiene come proprietario del fondo. I Proculejani ritenevano l' affermativa; ma è prevalsa la decisione conforme al nostro principio, che io non ne poteva acquistare il possesso, se non col farlo cavare dal luogo ove si stava: *Neratius et Proculus* [*putant*]... *Si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere simul atque possidenti affectum habuero; quia quod desit naturali possessioni, id animus implet.. Quidam putant Sabini sententiam veriorem esse, nec alias eum, qui scit, possidere, nisi de loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra; quibus consentio*; *l.* 3, § 3, *ff. de acq. posses.*

43. Il principio che è necessario di prender corporalmente la cosa per acquistarne il possesso, patisce eccezione nel caso di molte specie di tradizioni colle quali colui al quale son fatte è riputato ;aquistare il possesso della cosa, di cui s' intende fargli la tradizione, prima che si sia presa corporalmente la cosa. Queste specie di tradizioni sono riportate nel nostro *Trattato del Dominio di Proprietà*, part. 1, cap. 1, sez. 4, ec. Noi colà indirizziamo i lettori.

§ 3. *Delle persone che sono capaci o incapaci di acquistare il possesso di una cosa.*

44. La volontà di acquistare il pos-

sesso di una cosa, essendo assolutamente necessaria per acquistarlo, ne viene in conseguenza che le persone, le quali non hanno l' uso della ragione, come sono i pazzi, gl' insensati, ed i fanciulli, e che sono per conseguenza incapaci di volontà, sono incapaci di acquistare per sè stessi il possesso di alcuna cosa. Così insegna Paolo: *Furiosus et pupillus non potest incipere possidere, quia affectionem non habent, licet maxime corpore suo rem contingant; sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat*; *l.* 1, § 3, ff. *de acq posses.*

45. Ciò che si dice del minore *impubere*, dee intendersi soltanto di quello che è nell' età dell' infanzia; la cosa è diversa allorchè l' *impubere* ha un'età sufficiente per comprendere ciò ch' ei fa. E perciò Paolo aggiunge tosto dopo: *Ofilius et Nerva filius, etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum ajunt; eam enim rem facti non juris esse: quae sententia recipi potest, si ejus aetatis sunt, ut intellectum capiant.*

Oltre la ragione che Paolo adduce che il possesso non è che una cosa di fatto, si può aggiungere che il minore, non avendo bisogno dell' autorità del suo tutore per far migliorare la sua condizione, egli non può per verità niente alienare, nè obbligarsi senza l' autorità del suo tutore; ma non ne ha bisogno per acquistare. Egli può senza l' autorità del suo tutore accettare donazioni, e colla tradizione che gli vien fatta delle cose donate, acquistarne non solo il possesso, ma il dominio.

46. Riguardo agli infanti ed ai pazzi i quali sono incapaci di volontà, essi non possono per verità, come l' abbiamo detto, acquistare da sè stessi il possesso di una cosa; ma possono acquistarla col ministero de' loro tutori; la volontà che hanno i tutori e curatori, di acquistare per queste persone, supplisce alla volontà che loro manca.

47. Per la stessa ragione le corporazioni, le comuni, gli ospitali, non possono per loro stessi acquistare il possesso di alcuna cosa: *Municipes per se nihil possidere possunt, quia universi possidere non possunt*; *l.* 1, § 22; ma possono acquistarlo col ministero de' loro sindaci ed amministratori.

48. Sebbene una donna soggetta alla podestà del marito, e che non sia nè separata nè esercente pubblica mercatura, non possa acquistar cosa alcuna senza esservi autorizzata o dal marito, o giudizialmente, come abbiamo veduto nel nostro Trattato della Podestà del Marito, pure il possesso essendo soltanto una cosa di fatto, io credo ch' essa possa acquistarlo anche senza esservi autorizzata, per esercitare i diritti risultanti da questo possesso.

§ 4. *Per mezzo di chi possiamo acquistare il possesso.*

49. Noi possiamo acquistare il possesso di una cosa non solo da noi stessi, ma altresì col mezzo di quelli che la ricevono per noi, ed a nostro nome. Per esempio, allorchè io mando un sarto da un mercante a comprar una stoffa per farmi un abito, egli me ne acquista il possesso, allorchè la riceve dalle mani del mercante per me ed a mio nome: *Per procuratorem, tutorem, curatoremve, possessio nobis acquiritur*; *l.* 1, § 20, ff. *de acq. posses.*

50. Si osservi che per acquistar noi il possesso di una cosa per mezzo di un altro, è necessario che questi abbia intenzione di acquistarla per noi.

Da ciò segue, 1.° che noi non possiamo acquistare il possesso di una cosa col ministero di una persona, la quale, non avendo l' uso della ragione, è incapace di volontà. E perciò se io avessi mandato un pazzo a prendere possesso per me di un fondo che ho comprato, sebbene egli vi fosse andato, non me ne acquisterebbe però il possesso: *Ille per quem volumus possidere talis esse debet, ut habeat intellectum possidendi*; *l.* 1, § 9, ff. *d. tit. Et ideo si furiosum servum miseris ut possideas, nequaquam videris apprehendisse possessionem*; *d. l.* 1, § 10.

51. Ne segue 2.° che se voi essendo incaricato di far per me la compera di una certa cosa, invece di eseguire la vostra commissione e di fare per me tale compera, l' avete fatta per

voi, io non acquisto punto per mezzo vostro il possesso di questa cosa che voi avete ricevuta per voi. E perciò Paolo dopo aver detto che *per procuratorem, tutorem, curatoremve possessio nobis acquiritur*, aggiunge: *Quum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente ut operam duntaxat suam accommodarent nobis, non possunt acquirere*; *d. l.* 1, § 20.

52. Ma allorchè colui che fu da me incaricato di farmi la compera di una cosa, l' abbia comperata per me, e l' abbia ricevuta per me, ed a mio nome, io ne acquisto per mezzo suo il possesso tosto ch' egli l' ha ricevuta per me, prima ancora ch' io ne abbia avuto avviso, e sebbene ignori ancora ch' egli l' abbia ricevuta: *Per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem . . . receptum est*; *l.* 1. *Cod. de acq. poss.*

53. Ciò ha luogo allorchè colui, il quale ha ricevuto per me la cosa, era da me incaricato di riceverla per me; o almeno quando era da me incaricato di farmi la compera di una cosa di questo genere; poichè il mandato ch' io gli ho dato di fare la compera per me, suppone in me la volontà di acquistare il possesso della cosa che egli riceverebbe per me, la quale volontà dura in me nel tempo ch' ei la riceve, e basta per farmene acquistare col di lui mezzo il possesso, sebbene io ignori ch' ei l' abbia ricevuta. Ma non è lo stesso, allorchè uno dei miei amici, senza essere da me incaricato, fa per me le compera di una cosa che sa dovermi piacere, e la riceve per me ed a mio nome; io non ne acquisto per mezzo suo il possesso, se non dopo aver avuto notizia di questa compera ch' egli ha fatta per me, e ch' io ho approvata; poichè io non ho potuto aver prima la volontà di acquistarne il possesso: *Procurator, si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem; quod si sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emptionem*; *l.* 42, § 1, *ff. de acq. possess.*

SEZIONE II.

Come si ritenga e si conservi il possesso.

54. Nel modo stesso che noi acquistiamo il possesso di una cosa non solo da noi stessi, ma altresì col mezzo d' altri, i quali la ricevono per noi ed in nostro nome, come abbiamo veduto nell' articolo precedente, similmente noi riteniamo il possesso di una cosa, non solo da noi stessi, ma per mezzo d' altri che la ritengono per noi ed in nostro nome: *Et per colonos et inquilinos aut servos nostros possidemus*; *l.* 25, § 1, *ff. de acq. posses. Et generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessionem, veluti procurator, hospes, amicus nos possidere videmus*; *l.* 9, *ff. d. tit.*

55. *Prima differenza*. Per acquistare il possesso di una cosa la sola volontà non basta, è necessario il prenderla corporalmente o da noi stessi o per mezzo di alcuno che la prenda per noi, ed in nostro nome, come l' abbiamo veduto *supra*, *n.* 41. Al contrario allorchè noi abbiamo acquistato il possesso di una cosa, la sola volontà che abbiamo di possederla basta per farcene conservare il possesso, sebbene non riteniamo questa cosa corporalmente, nè da noi stessi, nè per mezzo altrui.

Gl' imperatori Diocleziano e Massimiano ci fanno osservare questa differenza: *Licet possessio nudo animo acquiri non possit; tamen solo animo retineri potest*; *l.* 4, *Cod. de acq. possess.*

Questa volontà di ritenere il possesso si suppone sempre, sino a che non apparisca una volontà contraria, bene spiegata. E perciò, quando anche una persona avesse abbandonato la coltura de' suoi fondi, non si riputerà perciò aver ella la volontà di abbandonarne il possesso; si reputerà adunque avere la volontà di ritenerlo, ed ella in fatti lo riterrà. Così decidono gl' imperatori, nella legge ora citata: *Si ergo*, continuano essi, *praediorum desertam possessionem non derelinquendi affectione transacto*

tempore non coluisti, sed metus necessitate culturam eorum distulisti, prejudicium ex transmissi temporis injuria generari non potest; *l*, 4, *Cod. d. tit.*

Paolo, per esempio, del principio che noi riteniamo il possesso di una cosa colla sola volontà di ritenerlo senza alcuna detenzione corporale, ci riporta questo caso: *Saltus hybernos aestivisque animo possidemus, quamvis eos certis temporibus relinquamus*; *l.* 3, § 11, *ff de acq. poss.*

56. Non è neppur necessario, per conservare il possesso delle cose, che io abbia una volontà positiva di ritenerlo; una volontà negativa basta; cioè, basta che la volontà ch' io ho avuto di possederle allorchè io ne ho acquistato il possesso, non sia stata rivocata da una volontà contraria; poichè sino a tanto che non è stata rivocata da un volontà contraria, è riputata sempre perseverare, ed io ne ritengo il possesso, a meno che alcuno non l' abbia usurpato sopra di me e non me ne abbia spogliato.

Il nostro principio che per ritenere il possesso di una cosa non è necessario di avere una volontà positiva e formale di possederla, non può esser messo in dubbio. Allorchè una persona dorme, è evidente che durante il suo sonno ella è incapace di volontà, e ch' ella non può per conseguenza, durante il suo sonno, avere una volontà positiva di possedere tutte le cose che possedeva prima di addormentarsi; si oserà mai dubitare ch' ella non ne conservi il possesso durante il suo sonno?

Similmente, allorchè ha perduto l' uso della ragione e che è divenuta per demenza incapace di volontà, sebbene non possa più avere una volontà positiva di posseder cosa alcuna, si oserà mai dubitare che durante la sua pazzia, ed anche prima che sia proveduta d' un curatore, non conservi il possesso di ciò che ella possedeva?

57. È conforme a questo principio che, secondo la massima del nostro diritto francese *il morto impossessa il vivo*, il possesso di tutte le cose che un defunto aveva in tempo della sua morte, passi da quell' istante nella persona del suo erede, non solo prima ch' egli abbia accettato la sua successione, perchè l' accetti in seguito, ma anche prima che abbia notizia della morte del defunto, e che la sua successione gli sia stata deferita; e per conseguenza prima che abbia potuta avere una volontà positiva di posseder le cose che il defunto possedeva nel tempo della sua morte. La ragione si è, che essendo riguardato l'erede come la continuazione della persona del defunto, il possesso di tutte queste cose che passa all' erede, non è che la continuazione di quello che aveva il defunto; l' erede, anzi che acquistare, conserva e ritiene piuttosto questo possesso, ed in conseguenza non ha bisogno per ciò di avere una volontà positiva di posseder tutte queste cose.

58. Per la stessa ragione l' eredità giacente di un defunto, sebbene non sia che una persona fittizia, incapace di volontà, nondimeno si reputa possedere tutte le cose che il defunto possedeva nel tempo della sua morte; poichè questa eredità vacante, la quale non è che la continuazione della persona del defunto, possedendo le cose che il defunto possedeva nel tempo della sua morte, non fa che ritenere e conservare il possesso che il defunto ne aveva in tempo della sua morte; ora, secondo il nostro principio, si può ritenere il possesso senza avere una volontà positiva di possedere.

59. *Seconda differenza.* Per potere noi acquistare il possesso di una cosa per mezzo d'altri, è necessario che colui, per mezzo del quale vogliamo acquistare il possesso, abbia una volontà formale di acquistarcelo, la quale concorra colla nostra; al contrario, per ritenere il possesso di una cosa, nella quale altri sono stati messi in possesso per noi, non è necessario ch' essi conservino la volontà di ritenerlo per noi.

Da ciò segue, che se il mio conduttore, il quale ritiene per me ed in mio nome il mio fondo, perde l' uso della ragione, sebbene egli sia per la sua demenza incapace di volontà, e perciò non possa più ritenere per me ed in mio nome il mio

fondo, io non lascio di ritenerne per suo mezzo il possesso: *Per colonos et inquilinos aut servos nostros possidemus, etsi moriantur aut furere coeperint, aut alii locent, intelligimur nos retinere possessionem; d. l.* 25, § 1, ff. *de acq. poss.*

60. Vi è ancora di più; quando anche colui, il quale ha cominciato ad essere in possesso di una cosa per me ed in mio nome, cangiasse di volontà, ed avesse la volontà di non più ritenerla in mio nome, ma nel suo, si riputerebbe sempre ritenerla a mio nome, ed io continuerei a possedere per di lui mezzo il mio fondo. Ciò è conforme al principio che abbiamo riportato *supra*, n. 31, che niuno può cangiare la causa e la qualità del suo possesso.

61. Noi riteniamo il possesso di una cosa per mezzo di coloro che la ritengono per noi ed in nostro nome, non solamente allorchè la ritengono essi stessi, ma quando ancora la ritengono per mezzo d' altri, quando ancora quelli, per mezzo de' quali essi la ritengono, li credessero i veri possessori, ed avessero per conseguenza l' intenzione di ritenerla per essi e non per noi; poichè ritenendo la cosa per essi che non possono possederla, *quum non possint mutare sibi causam possessionis suae*, la ritengono indirettamente per noi, senza saperlo. Così c' insegna Paolo: *Si ego tibi commodarero, tu Titio, qui putet tuum esse, nihilominus ego id possidebo; et idem erit si colonus meus fundum locaverit, aut is apud quem deposueram, apud alium rursus deposuerit; et id quamlibet per plurium personam factum, observandam ita erit*; *l.* 30, § 6, *ff. de acq. posses.*

62. Allorchè colui, per mezzo del quale possediamo una cosa, è morto, e che questa cosa si trovi presso i suoi eredi, noi seguitiamo a possederla per mezzo de' suoi eredi.

Per esempio, allorchè il mio conduttore muore, io continuo a possedere, per mezzo del suo erede, il fondo ch' io possedeva per mezzo suo. Ciò ha luogo quando anche l' erede del mio conduttore non fosse egli stesso mio conduttore, *puta*, perchè io non avessi fatto l' affitto, che durante la vita del primo, ciò non impedisce ch'io sia possessore per mezzo di quest'erede del fondo, sintantochè egli vi dimora, nel modo stesso come se lo possedessi per mezzo del defunto: *Haeredem coloni, quamvis colonus non est, domino possidere existimo*; *l.* 10, § 1, *ff. d. tit.*

Vi è di più; quand' anche l' erede del mio conduttore avesse ignorato che il defunto non era che un semplice conduttore del fondo, e lo avesse creduto proprietario, ed in conseguenza riguardasse questo fondo come a lui appartenente, e non come un fondo di cui egli è in possesso a mio nome, si reputerebbe non dover esserne in possesso che in mio nome; poichè il suo possesso essendo lo stesso di quello nel quale egli è succeduto al defunto, e quello che aveva il defunto essendo un possesso ch' egli aveva a motivo dello affitto ch' io gli aveva fatto del mio fondo, e perciò un possesso nel quale egli era in mio nome, quello del suo erede, non ostante la falsa opinione ch' egli ne ha, non può essere che un possesso nel quale egli è in mio nome, non potendo alcuno colla propria opinione cangiarsi la causa e la qualità del suo possesso: *Nemo ipse sibi potest mutare causam possessionis suae*, come lo abbiamo veduto *supra*.

63. Risulta da tutto ciò che abbiamo detto sin qui, che noi riteniamo il possesso di una cosa per mezzo di colui che ne è in possesso a nostro nome, o per mezzo del suo erede, o per mezzo di colui che per lui la tiene, sintantochè queste persone conservano il possesso della cosa nel quale esse sono per noi. Su di che osservate, che, sebbene il conduttore di un fondo, che ne è in possesso in mio nome, se ne sia allontanato per un certo tempo, col disegno di ritornarvi, senza lasciarvi alcuno da parte sua, si reputa avere egli continuato ad esserne in possesso, colla volontà che egli ha di ritornarvi, ed io ne conservo il possesso col mezzo suo. Così insegna Giavoleno: *Si colonus non deserendae possessionis causa, exisset de fundo*

et eo redisset, eumdem locatorem possidere placet; *l.* 31, ff. *d. tit.*

Giavoleno dice, *non deserendae possessionis causa*; poichè secondo l' opinione della scuola de' Sabiniani, di cui era questo giureconsulto, allorchè colui ch' era in possesso di una cosa in mio nome, ne abdicava il possesso, *puta*, allorchè il mio conduttore abbandonava il mio fondo col disegno di non più ritornarvi, io ne perdeva il possesso. Così insegna Affricano, il quale seguiva l' opinione di questa scuola; egli infatti dopo aver detto, che dopo la morte del mio conduttore io conservo, per mezzo del suo erede, il possesso del fondo nel quale il defunto era in mio nome, aggiunge, *aliud existimandum*, SI COLONUS *sponte possessione discesserit*; *l.* 40, § 1.

Proculo e la sua scuola insegnavano al contrario che, sebbene colui che era in possesso di una cosa in mio nome ne avesse abdicato il possesso, io non cesserei di conservarlo colla mia sola volontà di possederla, a meno che un terzo se ne fosse impadronito, e me ne avesse spogliato: *Quum quis persuaserit familiae meae ut de possessione decedat, possessio quidem non amittitur, sed de dolo judicium in eum competit, si quid mihi damni* (1) *accesserit*; *l.* 31, ff. *de dolo malo.*

Paolo segue questo sentimento: *Si servus vel colonus per quos corpore possidebam, decesserint, discesserintve, animo retinebo possessionem*; *l.* 5, § 8, ff. *de acq. poss.*

Il sentimento de' Proculejani è il più ragionevole, e Giustiniano l' ha confermato nella legge ultima *Cod. d. tit.*

CAPITOLO V.

Come si perda il possesso.

64. Sebbene il possesso di una cosa consista in una detenzione corporale di questa cosa, o da noi stessi o per mezzo di altri che la tengono in nostro nome, nondimeno, allorchè noi abbiamo una volta acquistato il possesso di una cosa col tenerla corporalmente noi stessi o per mezzo di un altro in nostro nome, e colla volontà di possederla, noi possiamo conservare e ritener questo possesso colla sola volontà che abbiamo di conservarla, quand' anche dopo qualche tempo cessassimo di ritenerla corporalmente da noi stessi o per mezzo d' altri. Questo è ciò che abbiamo stabilito nell' articolo precedente.

Da ciò segue; che per perdere il possesso che noi abbiamo di una cosa, non basta che cessiamo di tenerla corporalmente, se non abbiamo una volontà formale di abbandonarne il possesso, o se non ne siamo spogliati da alcuno, nostro malgrado. In questo senso dice Paolo: *Ut nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum* (2); *l.* 153, ff. *de reg. jur.*

E conforme a questo principio dice Proculo: *Si is, qui animo possessionem saltus retineret, furere coepisset, non potest, dum fureret, ejus saltus possessionem amittere, quia furiosus non potest desinere animo possidere*; *l.* 27, ff. *de acq. possess.*

Noi percorreremo le differenti maniere colle quali si perde il possesso. Tratteremo nel primo articolo delle maniere colle quali perdiamo il possesso per nostra volontà, nel secondo, delle maniere colle quali lo perdiamo malgrado nostro.

(1) Sia perchè il mio fondo è rimasto incolto, sia ciò avesse dato occasione ad un terzo di mettersene in possesso.

(2) Ciò è detto soltanto in questo senso, che nel modo stesso che per acquistar possesso il prenderla corporalmente non basta, senza la volontà di acquistarne il possesso, così per perderla non basta il cessar di ritenerla corporalmente, senza la volontà di perderne il possesso: in ciò l' acquisto e la perdita del possesso convengono; ma differisce, come lo vedremo *infra*, in ciò, che per acquistare la volontà non basta senza l' apprensione corporale; in vece che la volontà sola basta per perdere il possesso.

ARTICOLO PRIMO.

Delle maniere colle quali noi perdiamo il possesso per nostra volontà.

65. Noi perdiamo il possesso di una cosa per nostra volontà o colla tradizione che ne facciamo ad alcuno, nel disegno di trasferirgliela, o con un abbandono puro e semplice.

§ 1. *Della perdita del possesso colla tradizione.*

66. È manifesto che la tradizione la quale noi facciamo di una cosa ad alcuno, col disegno di trasferirgliene il possesso, rinchiude la volontà di perderlo, e ce lo fa perdere realmente; poichè noi non possiamo trasferirgli questa cosa, senonchè perdendone il possesso.

Allorchè la tradizione è una tradizione reale, noi perdiamo il possesso *animo et corpore*. Noi lo perdiamo egualmente colle tradizioni finte, sebbene lo perdiamo in questo caso, *animo solo, absque corporali discessione*.

Per esempio, se io ho venduto un fondo ad alcuno che me l' ha dato in affitto nell'atto stesso, la finta tradizione che rinchiude quest' affitto, gliene fa acquistare il possesso per mezzo mio, che ne prendo possesso in suo nome, dichiarandomi ritener per l' avvenire questo fondo in suo nome, e come suo conduttore; ed io perdo nel tempo stesso il possesso che ne aveva, *animo, absque corporali discessione*.

67. Essendo la tradizione una maniera di perdere il possesso colla nostra volontà, accompagnata dal fatto della tradizione, ne segue che un minore, al quale non è permesso di alienare ciò che gli appartiene, se non è autorizzato dal suo tutore, può bensì, facendo ad alcuno la tradizione reale di una cosa senza esservi autorizzato dal suo tutore, cessar di possederla corporalmente, ma ne conserva nondimeno il possesso: *Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, non ut animo, sed ut corpore desinat possidere; quod est enim facti potest amittere*; *l.* 29, ff. *de acq. posses.* Marziano dice ancora più formalmente: *Pupillus . . . . alienare nullam rem potest, nisi praesente tutore auctore, et nequidem possessionem quae est naturalis, ut Sabinianis visum est, quae sententia vera est*; *l.* 11, ff. *de acq. rer. dom.*

68. Noi perdiamo il possesso di una cosa, tosto che ne abbiam fatta la tradizione ad alcuno, col disegno di trasferirgliela, allorchè la tradizione si fa puramente e semplicemente; ma quando vi abbiamo apposto qualche condizione, noi ne perdiamo il possesso, ed essa si trasferisce a colui al quale è fatta la tradizione, solamente quando la condizione sotto la quale gli è stata fatta sarà compita. Così insegna Giuliano: *Si quis possessionem fundi ita tradiderit, ut ita demum cedere ea dicat, si ipsius fundus esset, non videtur possessio tradita, si fundus alienus sit: hoc amplius existimandum est possessiones sub conditione tradi posse sicut res sub conditione traduntur, neque aliter accipientis fiunt quam conditio extiterit*; *l.* 38, § 2, ff. *de acq. poss.*

69. Allorchè io non ho posto alcuna condizione alla tradizione che ho fatto di una certa cosa ad una persona, ch' io credeva godere della ragione, col disegno di trasferirgliela, ne avrò io perduto il possesso con questa tradizione, nel caso che la persona, cui questa tradizione è stata fatto, non avesse potuto acquistarlo, perchè mancante di ragione, e per conseguenza mancante della volontà necessaria per acquistarlo? Celso decide questa quistione per l' affermativa: *Si furioso, quem suae mentis existimas, eo quod forte in conspectu inumbratae quietis fuit constitutus, rem tradideris; licet ille non erit adeptus possessionem, tu possidere desinis; sufficit quippe dimittere possessionem, etiamsi non transferas: illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere quam si transferat: imo vult dimittere, quia existimat se transferre*; *l.* 18, § 1, ff. *d. tit.*

Questa decisione di Celso sembrami che vada soggetta a difficoltà; la volontà che la tradizione rinchiude,

non è una volontà assoluta di perdere il possesso della cosa, ma una volontà di trasferirlo a colui al quale la tradizione vien fatta, e quindi di perderlo nel trasferirglielo: non è adunque che per la translazione che a lui ne faccio, ch' io voglio e debbo perderlo; per quanto pura e semplice sia stata *extrinsecus* la tradizione ch' io ho fatta, la volontà che questa tradizione rinchiude di perdere il possesso, è una volontà alla quale *vi ipsa et naturaliter inest* la condizione, che la cosa passi a colui al quale è fatta la tradizione.

§ 2. *Della perdita del possesso coll' abbandono puro e semplice.*

70. Tra la tradizione di cui abbiamo parlato nel paragrafo precedente, e lo abbandono puro e semplice vi è questa differenza, che colui il quale fa la tradizione d' una cosa ad alcuno, col disegno di trasferirgliene il possesso, non ha la volontà di perderlo, senonchè per trasferirlo a colui al quale fa la tradizione; mentre invece colui che fa un abbandono puro e semplice del possesso di una cosa, ha una volontà assoluta di perderne il possesso.

Si può portare per esempio di un abbandono puro e semplice del possesso, quello che noi facciamo del possesso di certe cose mobiliari che gettiamo nella strada o altrove, come cose che non sono buone da nulla, e che non vogliamo più possedere.

Noi facciamo similmente un abbandono puro e semplice del possesso di un fondo, allorchè ne usciamo col disegno di non più ritornarvi e di non più possederlo.

La cessione ch' io faccio di un fondo soggetto ad una rendita enfiteutica, per isgravarmene nell' avvenire, è altresì un abbandono puro e semplice ch' io faccio del possesso di questo fondo. Il mio unico disegno, cedendolo, è di perderne il possesso per isgravarmi de' pesi annessi a questo possesso, e di notificare quest' abbandono al padrone della rendita reale al quale ne faccio la cessione. Nulla importa ch' egli l' accetti, ed entri nel possesso del fondo, o che non giudichi a proposito di entrarvi.

71. L' abbandono che noi facciamo del possesso di una cosa, è ordinariamente accompagnato dall' abbandono che facciamo similmente del dominio di questa cosa. Nondimeno alcune volte riteniamo il dominio delle cose di cui noi abbandoniamo il possesso; per esempio, allorchè un mercante, nel caso di una tempesta, getta in mare le sue merci per alleggerire il vascello. Egli ne abbandona il possesso, poichè non può riputarsi che egli possegga queste merci che vanno nel mare, e che non è più in sua facoltà di riavere. Nondimeno egli ne conserva il dominio; e se accadesse che il mare le gettasse sulla riva, egli avrebbe il diritto, facendole riconoscere, di rivendicarle, come abbiamo veduto nel nostro *Trattato del Dominio di Proprietà.*

72. L' abbandono che noi facciamo del possesso di una cosa, si fa ordinariamente *corpore et animo.* Egli si può fare altresì *animo solo*, colla sola volontà che una persona, libera ne' suoi diritti, ha di abbandonare il possesso. Per esempio, *si in fundo sis, et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem, igitur amitti et animo solo potest, quamvis acquiri non potest*; *l.* 3, § 1, ff. *de acq. poss.*

In ciò il possesso differisce dal dominio; poichè noi non possiamo colla nostra sola volontà perdere il dominio di una cosa, sinchè ne riteniamo il possesso: *Differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilominus ejus manet qui dominus esse non vult; possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere*; *l.* 17, § 1, *d. tit.*

ARTICOLO II.

Delle maniere colle quali noi perdiamo il possesso nostro malgrado.

§ 1. *Delle maniere colle quali noi perdiamo, malgrado nostro, il possesso di un fondo.*

73. Noi perdiamo, malgrado nostro, il possesso di un fondo, allorchè alcuno ce ne discaccia: *Constat possidere nos donec aut nostra voluntate*

discesserimus, aut vi dejecti fuerimus; *l.* 3, § 9, ff. *de acq. poss.*

Si reputa essere noi spogliati e perdere il possesso di un fondo, non solo quando ne siamo stati scacciati noi stessi, ma anche quando ne è stato scacciato il nostro conduttore, il nostro custode o altri che lo ritenevano per noi o in nostro nome; e si reputa aver noi perduto il possesso del nostro fondo tosto che ne furono scacciati, anche prima che ne avessimo ricevuto notizia.

Così insegna Ulpiano: *Quod servus, vel procurator, vel colonus tenent, dominus videtur possidere, et ideo his dejectis ipse dejici de possessione videtur, etiamsi ignorat eos dejectos per quos possidebat*; *l.* 1, § 22, ff. *de vi et vi arm.*

74. Si reputa essere stati noi scacciati dal nostro fondo ed averne per conseguenza perduto, malgrado nostro, il possesso, non solo quando per forza fummo costretti a uscirne, ma ancora quando essendone noi assenti, ci si è impedito per forza di rientrarvi, come insegna Ulpiano: *Si quis de agro suo, vel de domo processisset, nemine suorum relicto, mox revertens, prohibitus sit ingredi vel ipsum praedium, vel si quis eum in medio itinere detinuerit, et ipse possiderit, vi dejectus videtur: ademisti enim ei possessionem quam animo retinebat etsi non corpore; d. l.* 1, § 24.

Egli è lo stesso se si impedisce che vi entri alcuno il quale vi andava da parte nostra: *Nihil interesset ipsum an alium ex voluntate ejus missum prohibuerit*; *l.* 18, ff. *d. tit.*

75. Non è nè anche assolutamente necessario, perchè si reputi esser io stato scacciato dal mio fondo, ed averne in conseguenza perduto il possesso, che io mi sia presentato per rientrarvi. Basta che sull' avviso avuto, ch' eravi gente nel mio fondo col disegno d' impiegare la violenza per impedirmi di rientrarvi, io mi sia astenuto dal ritornarvi pel timore di questa violenza: *Si quis nuntiat domum a latronibus occupatam, et dominus timore conterritus noluerit accedere, amisisse eum possessionem placet*; *l.* 3, § 8, ff. *de acq. poss.*

76. Una seconda maniera colla quale perdiamo malgrado nostro il possesso di un fondo, si è quando noi lo lasciamo usurpare da alcuno che se ne è messo in possesso e lo ha goduto per un anno ed un giorno, senza che noi abbiamo da parte nostra fatto alcun atto di possesso in tutto questo tempo, e senza che abbiamo apportato per parte nostra alcun disturbo al suo godimento; poichè con questo godimento di un anno ed un giorno, egli ha acquistato il possesso, e ci ha per conseguenza fatto perdere il nostro.

77. Infine noi perdiamo il possesso di un fondo allorchè è sommerso dal mare o dal fiume: *Quod mari aut flumine occupatum sit, possidere nos desinimus*; *l.* 30, § 3, ff. *eod.* Ma non è così se trattasi d' inondazione passeggiera: noi riteniamo il possesso del nostro fondo inondato, aspettando che il fiume si ritiri.

78. Il sequestro che i creditori fanno dei mobili, o anche de' fondi dei loro debitori, non gliene fa perdere il possesso, come abbiamo veduto *supra*, n. 16.

Il vassallo il di cui fondo è sequestrato feudalmente, si reputa bensì essere spogliato del possesso del fondo in faccia al suo signore, il quale si reputa possederlo in suo proprio nome, essendovi rientrato col sequestro feudale; ma quest' effetto del sequestro non essendo considerato che tra il signore ed il vassallo, e non essendo che momentaneo, riguardo ai terzi si reputa che il vassallo possegga il suo fondo sebbene sequestrato feudalmente.

§ 2. *Come perdiamo, nostro malgrado, il possesso delle cose mobiliari.*

79. Noi perdiamo, nostro malgrado, il possesso delle cose mobiliari, allorchè cessano di esser sotto la nostra custodia; cioè quando cessano di essere in un luogo, ove possiamo averle quando ci aggrada: *Res mobiles, excepto* (1) *homine, quatenus sub cu-*

(1) Il diritto romano eccettuava da questo principio il possesso che noi abbiamo dei nostri schiavi. Si reputava conservar noi il possesso di uno schiavo fuggitivo, sebbene egli

studia nostra sint, hactenus possideri, id est quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus; *l.* 3, § 13, *ff. eod.*

Da questo principio ne viene, che noi perdiamo il possesso non solo delle cose mobiliari che ci sono rapite, ma anche di quelle che ci sono involate: *Rem quae nobis subrepta est perinde intelligimur desinere possidere, atque eam quæ vi nobis erepta est*; *l.* 15.

80. Ne segue similmente da questo principio, che noi perdiamo il possesso delle cose mobiliari che abbiamo perduto in modo che non sappiamo più dove sieno: *Si id quod possidemus ita perdiderimus ut ignoremus ubi sit, desinimus possidere*; *l.* 25.

Per esempio, se i vostri cavalli o le vostre vacche che pascolavano in un campo, essendo stati spaventati, hanno preso la fuga e non sono più ritornati, in modo che non sapete ciò che di loro sia divenuto; o se qualche cosa ch' era dietro la vostra vettura, si è distaccata e siasi perduta nel viaggio; o se qualche cosa è caduta dalla vostra saccoccia, ec. in tutti questi casi si reputa averne voi perduto il possesso tosto che sono state perdute, prima ancora che un' altra persona le abbia ritrovate: *Pecus simul atque aberraverit, aut vas ita exciderit ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur*; *l.* 3, § 13.

In ciò il possesso delle cose mobili è differente dal possesso de' fondi, che noi non perdiamo, nostro malgrado, sintantochè un altro non ne abbia usurpato sopra di noi il possesso.

81. Non bisogna confondere colle cose perdute quelle che, non essendo uscite dalla mia casa, si sono soltanto smarrite; ancorchè io abbia perduto la memoria del luogo della mia casa ov' esse sono, non lascio però di conservarne il possesso. E perciò Paolo, dopo ciò che abbiamo riportato della *l.* 3, § 13, aggiunge tosto: *Dissimiliter atque si sub custodia mea sit, nec inveniatur, quia praesentia ejus sit, et tantum cessat interim diligens inquisitio*.

Per la stessa ragione io non perdo il possesso di una cosa, sintantochè non è stata levata dal luogo ov' io l' ho messa per custodirvela, sebbene io abbia perduto la memoria del luogo dove l' ho messa; e non importa che sia sul mio fondo o in quello di altri. Così insegna Papiniano: *Peregre profecturus pecuniam in terra custodiae causa, condiderat: quum reversus locum thesauri* (1) *in memoria non repeteret.... an desiisset pecuniam possidere? Vel si postea recognovisset locum, an confestim possidere inciperet, quaesitum est? Dixi, quoniam custodiæ causa pecunia condita proponeretur, jus possessionis ei qui condidisset non videri peremptum, nec infirmitatem memoriae damnum afferre possessionis quam alius non invasit... Et nihil interest pecuniam in mea an in alieno condidissem..... nec alienus locus meam propriam aufert possessionem, quum supra terram, an infra terram possideam, nihil intersit*; *l.* 44.

CAPITOLO VI.

Dei diritti che nascono dal possesso, e delle azioni possessorie.

82. Sebbene il possesso non sia un diritto nella cosa, e sia in sè stesso un semplice fatto, egli dà nondimeno al possessore certi diritti rapporto alla cosa ch' ei possiede. Alcuni di tali diritti sono particolari ai possessori di buona fede; altri sono comuni a tutti i possessori.

Quelli che sono particolari ai possessori di buona fede, sono 1.° il diritto di usucapione o di prescrizione; cioè il diritto che ha il possessore di

non fosse più in luogo, dove stesse in nostro potere l' averlo quando lo volessimo. La ragione dell' eccezione si è, che tutto ciò che ha uno schiavo, ed anche il possesso, appartiene al suo padrone; quindi il possesso che questo schiavo fuggitivo ha di lui stesso, è un possesso che appartiene al suo padrone. Non essendovi schiavi in Francia, quest' eccezione non riceve applicazione alcuna nel nostro diritto francese.

(1) Questa parola è presa qui impropriamente.

buona fede di acquistare col possesso la proprietà della cosa ch' ei possiede, dopo il compimento del tempo di possesso regolato dalla legge. Noi tratteremo di questo diritto nel Trattato che tien dietro a questo.

2.° Il diritto che ha il possessore di buona fede, di percipere a suo profitto i frutti della cosa sin tanto che ella sia rivendicata del proprietario, senza essere obbligato di restituirli, o di renderne conto allorchè egli la rivendicherà. Noi abbiamo trattato di questo diritto nel nostro precedente Trattato, *part*. 2, *cap*. 1.

3.° Il diritto che ha il possessore, allorchè ha perduto il possesso della cosa che possedeva di buona fede, di rivendicarla, sebbene non ne sia proprietario, contro colui che se ne trova in possesso senza titolo. Noi abbiamo trattato anche di questo diritto nello stesso capitolo, *art*. 1, § 2.

83. Riguardo ai diritti che sono comuni a tutti i possessori, il principale si è, che il possesso li fa riputare provvisoriamente proprietarj della cosa ch' essi posseggono, sino a che non sia rivendicata da colui che ne è effettivamente proprietario, o che ha diritto di rivendicarla e di possederla ancor dopo ch' essa è stata rivendicata, sino a che colui, il quale l' ha rivendicata, abbia giustificato il suo diritto.

Io ho detto *o che ha diritto di rivendicarla*, perchè un primo possessore di buona fede, il quale abbia perduto il possesso di una cosa, è ammesso, sebbene non ne sia proprietario, a rivendicarla contro colui che la possiede senza titolo, come l'abbiamo veduto nel nostro *Trattato del Dominio di Proprietà*, n. 292 e seg.

Il possessore, qualunque siasi, essendo riputato proprietario della cosa ch' egli possiede, sino a che non ne venga evinto, deve perciperne i frutti e godere di tutti i diritti di proprietà della cosa, tanto onorifici che utili.

84. Il possessore, qualunque siasi, dee altresì avere un' azione per mantenersi nel suo possesso, allorchè ne sia disturbato, e per esservi ristabilito, allorchè alcuno ne lo abbia con violenza spogliato. L' azione che aveva il possessore d' un fondo allorchè era disturbato nel suo possesso, si chiamava nel diritto romano *interdictum uti possidetis*; egli ne aveva un' altra allorchè era stato spogliato con violenza, che chiamavasi *interdictum de vi* ovvero *unde vi*.

Il nostro diritto francese dà al possessore, qualunque siasi, per l' uno e per l' altro caso, un' azione che si chiama *querela* (*complainte*). Allorchè il possessore l' intenta nel caso in cui sia stato disturbato nel suo possesso, ella chiamasi *querela in caso di presa di possesso per innovazione*. Allorchè l' intenta nel caso in cui è stato spogliato con violenza, chiamasi *querela per forza usata*, o *per dispossessamento*, oppure *azione di reintegrazione*. Noi tratteremo dell' uno e dell' altro caso in sezioni separate. Aggiungeremo una terza sezione sulla querela in materia di benefizj.

SEZIONE PRIMA.

Della querela in caso di presa di possesso con innovazione.

85. Si può definirla, un' azione possessoria, che il possessore di un fondo, o di un diritto reale, o di una universalità di mobili, ha contro colui che lo disturba nel suo possesso, a fine di esservi mantenuto, ed acciocchè sia proibito a colui che lo turba, di più turbarlo.

La parola *presa di possesso* (*saisine*) significa lo stesso che possesso; e quella di innovazione (*nouvelleté*) si prende pel turbamento che alcuno pretende essere stato recato al suo possesso con qualche novella intrapresa del suo avversario. E perciò queste parole *querela in caso di presa di possesso per innovazione*, non significano altro che un' azione nel caso di un *presa di possesso*, cioè di un possesso che ciascuna delle parti litiganti si disputa, e colla quale ciascuna si lagna della *innovazione*, cioè del turbamento che pretende che l'altra parte vi abbia recato.

86. Le Ordinanze e molti Statuti hanno parlato di quest' azione. Noi ci limiteremo a riportare ciò che ne dice l' Ordinanza del 1667, e lo Statuto di Parigi.

L' Ordinanza del 1667, *tit.* 18, *art.* 1, dice: « Se alcuno è turbato nel possesso e nel godimento di un fondo o di un diritto reale, o di una universalità di mobili ch' egli possedeva pubblicamente, senza violenza, con titolo differente da quello di conduttore o possessore precario, può, entro l' anno dal turbato possesso, spiegare l' azione di *querela per presa di possesso con innovazione* contro colui che gli ha cagionato questo turbamento.

Lo Statuto di Parigi, *art.* 96, dice egualmente: « Quando il possessore di uno stabile o diritto reale riputato immobile, sia turbato ed impedito nel suo possesso e godimento, può, e gli è concesso di querelarsi, ed intentare l' azione *per presa di possesso con innovazione*, entro l' anno e giorno da computarsi dal turbamento a lui fatto, e recato al detto stabile o diritto reale, contro colui che l' ha turbato ».

Noi vedremo intorno a quest' azione, 1.° quali ne siano le prerogative; 2.° per quali cose possa essere intentata; 3.° da chi; 4.° contro chi ed in quali casi; 5.° qual sia la procedura che dee seguirsi per quest' azione, e come si termini.

§ 1. *Delle prerogative delle azioni di querela.*

87. È una prerogativa dell' azione di *querela*, che sebbene i giudici subalterni possano prender cognizione delle azioni di *querela* in materia profana, nondimeno queste azioni possono essere portate direttamente innanzi ai giudici regj, senza che i giudici feudali possano essere ammessi a rivendicarle, quando anche il fondo, che ne forma l' oggetto, fosse situato, e le parti fossero domiciliate nel circondario della loro giurisdizione.

Un' altra prerogativa di quest' azione è, che le sentenze emesse su queste azioni dai giudici regj, si eseguiscono non ostante appello, dietro cauzione; Ordinanza del 1667, *tit.* 18, *art.* 7.

§ 2. *Per quali cose si possa intentare la querela.*

88. L' Ordinanza, e lo Statuto di Parigi danno più estensione a questa azione, che non ne aveva l' *interdictum uti possidetis*.

Questo non aveva luogo che per le case e terreni, e non pe' diritti reali che si avessero in un fondo. V' erano altri interdetti particolari per certi diritti di servitù prediali, come l' *interdictum de itinere actuque privato, de aqua quotidiana et aestiva, de fonte*.

La nostra azione di querela può essere intentata non solo pe' fondi, ma anche pe' diritti reali che noi abbiamo in un fondo. L' Ordinanza, e lo Statuto di Parigi si sono spiegati in termini formali negli articoli qui sopra riportati.

Se i diritti reali, essendo cose incorporali, *quae solo intellectu continentur*, non sono suscettibili del possesso propriamente detto, sono però suscettibili di un quasi-possesso, che consiste nel godimento che noi ne abbiamo, per la conservazione del quale possiamo intentare la querela. Io posso adunque, allorchè sono in possesso, per esempio, di un diritto di decima, intentar quest' azione contro quelli che mi vi turbano.

89. Io posso intentarla, non solo contro un terzo che me lo disputasse, e pretendesse di raccoglierla egli stesso a mia esclusione, ma posso ancora intentarla contro un debitore, il quale pretendesse che il suo fondo non sia soggetto a questo diritto, e che ricusasse in conseguenza di pagarmelo. Questo rifiuto è un turbamento che si reca al possesso nel quale io sono di perciper questo diritto sul suo fondo, il quale dà luogo alla querela che io posso spiegar contro lui, ed in virtù della quale, provando il mio possesso, io debbo esser mantenuto provvisoriamente nel possesso di percipere la decima sino alla sentenza definitiva che interverrà in petitorio

Si dee dire lo stesso delle rendite reali.

90. Sebbene i diritti di servitù prediale sieno *diritti reali* che noi ab

biamo in un fondo, nondimeno colui il quale ha goduto di un diritto di passaggio sopra un fondo, o di qualche altra specie di servitù, per qualunque siasi tempo, senza avere alcun titolo per goderne, non è ammesso ad intentar querela allorchè gliene venga impedito l'esercizio; perchè secondo i principj del nostro diritto francese, il godimento che ha alcuno di un diritto di passaggio o di qualche altra specie di servitù senza averne alcun titolo, si reputa essere un godimento per pura tolleranza. Ora, un tal godimento non basta per intentare la querela. L' art. dell' Ordinanza del 1667 qui sopra riportato, nega in termini formali quest'azione a colui, il quale non è che possessore precario.

Ma allorquando colui, il quale ha goduto del passaggio o di qualche altra specie di servitù sopra un fondo, riporta un titolo, in virtù del quale egli ne ha goduto, sebbene il possessore del fondo che l' ha turbato nel suo godimento, contesti la validità del suo titolo, il godimento ch'egli ha avuto in virtù di questo titolo non passa più per una semplice tolleranza, e basta perchè egli possa istituir la querela e domandare di esser mantenuto provvisoriamente nel suo godimento, sintantochè siasi definitivamente deciso in petitorio.

91. Egli è lo stesso di tutt' i diritti che sono di tal natura da non potere acquistarsi col solo possesso senza titolo, come sono i diritti feudali. Il signore che ne ha goduto senza titolo, non è ammesso ad istituir querela per esservi mantenuto; poi questo possesso, nel quale egli è stato senza titolo, si reputa ingiusto ed estorto nella sua origine da un abuso che il signore ha fatto del suo potere. Ma allorchè il signore dimostra un titolo, sebbene questo titolo sia contraddetto, basta perchè il signore possa intentar la querela, e perchè egli debba esser mantenuto provvisoriamente nel possesso del diritto da lui preteso, sinchè siasi definitivamente deciso in petitorio.

92. È manifesto che noi non possiamo essere ammessi ad intentare querela per diritti che siamo incapaci di possedere; e per ciò, non essendo i secolari capaci di possedere decime ecclesiastiche, e potendo soltanto possederne delle feudali, un secolare non può essere ammesso ad intentare querela per una decima di cui egli gode, se non giustifica con pruove che risalgano a più di cent' anni ch' essa è feudale.

93. L'Ordinanza aggiunge fra le cose per le quali si può spiegare la querela, un' *universalità di mobili*. Con ciò essa nega tacitamente la querela per de' semplici mobili; nel che è conforme alle costumanze del regno. Infatti le Statuto di Parigi dice, *art.* 97: « Non è ammissibile alcuno a lagnarsi ed intentare *querela d' innovazione* per una cosa mobile particolare, ma sì bene per una universalità di mobili, come sarebbe per una successione mobiliare ». Il nostro Statuto di Orleans, *art.* 489, ha una simile disposizione.

Il diritto francese in ciò differisce dal diritto romano, il quale oltre l'*interdictum uti possidetis*, che accordava a coloro ch' erano stati turbati nel possesso di qualche fondo per esservi mantenuti, accordava altresì un' altra azione possessoria chiamata *interdictum utrubi*, a coloro che erano stati turbati nel possesso di una cosa mobiliare. Ma nel nostro diritto francese, allorchè due parti si contrastano una cosa mobiliare, si entra tosto nella quistione della proprietà.

94. Lo Statuto di Parigi, nell'articolo qui sopra riportato, dà per esempio di una universalità di mobili per cui permette d' intentar la querela, quello di una successione mobiliare. Io mi sono messo in possesso della successione mobiliare di un defunto, e ne ho goduto per un anno ed un giorno; dopo questo tempo viene un terzo che si pretende erede ad esclusion mia, e turba il mio possesso, *puta*, procedendo in suo nome contro i debitori della successione. Io posso istituir querela contro di lui, affin di esser mantenuto e conservato nel possesso di questa successione, e perchè gli sia proibito di turbarmivi, salvo a lui l' agire in petitorio.

Si può ancora portar per esempio di un' universalità di mobili per la quale si può instituir la querela, il

peculio che un curato religioso ha lasciato morendo. Se colui che pretende di aver diritto di succedere a questo peculio se n' è messo in possesso, e ne viene turbato, può, per ragione di questo peculio, intentar la querela contro colui che lo ha turbato.

§ 3. *Da chi possa intentarsi la querela.*

95. Essendo la querela un' azione colla quale domanda alcuno di esser mantenuto nel possesso di una cosa, ne viene che soltanto colui che ha il possesso di una cosa, può essere ammesso ad intentar la querela per ragione di questa cosa.

Non vi è adunque che il possessore d' un fondo, cioè colui che lo tiene per sè ed in suo nome, che sia ammesso ad intentar la querela per questo fondo, allorchè è turbato nel suo possesso.

Nulla importa ch' egli lo possegga da sè stesso o per mezzo d' altri che lo tengono a suo nome, come sono i suoi conduttori o inquilini.

Nulla importa altresì ch' egli possegga il fondo giustamente o ingiustamente; poichè nell' azione di querela non si tratta del diritto di possedere, ma del solo fatto del possesso.

Basta dunque che alcuno abbia di fatto il possesso d' un fondo, qualunque esso sia, egli ha diritto d' intentar la querela contro tutti quelli che lo turbano: *Qualiscumque possessor, hoc ipso quod possessor est, plus juris habet quam ille qui non possidet*; *l.* 2, ff. *uti poss.*

96. Conviene eccettuare da questa regola i possessori che abbiano usurpato il loro possesso, o con violenza o per vie clandestine, o il possesso de' quali sia precario, i quali non sono ammessi ad intentar la querela contro colui, al quale hanno in tal modo usurpato il possesso, nè contro quello da cui precariamente l' hanno avuto. Ma questi possessori sono ammessi a spiegarla contro i terzi, come lo insegna Ulpiano: *Quod ait praetor in interdicto,* NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO POSSIDEBIT, *hoc eo pertinet, ut si quis possidet vi, aut clam, aut precario, siquidem ab alio, ei prosit possessio; si vero ab adversario suo, non debeat eum, propter hoc quod ab eo possidet, evincere; has enim possessiones non debere proficere palam est*; *l.* 1, § *fin.*, *d. tit.*

Quest' è ciò che intendeva il nostro antico Statuto d' Orleans con queste parole: « Si acquista il possesso godendo per un anno ed un giorno *nec vi*, *nec clam*, *nec precario ab adversario* »; le quali parole sono state soppresse in tempo della riforma, come superflue, dovendosi sottintenderle.

97. Il marito, durante il matrimonio, avendo il possesso de' fondi proprj di sua moglie, ed essendo, come si spiega lo Statuto di Parigi, *art.* 233, *signore delle azioni possessorie che appartengono a sua moglie*, non è da dubitarsi che può intentar querela pe' fondi proprj della moglie; ma egli la dee intentare nella sua qualità di marito.

Conviene eccettuare il caso di separazione di beni, sia consensuale, sia giudiziale. In questo caso non il marito, ma la moglie ha il possesso de' suoi fondi; ed in conseguenza ella sola può intentar querela pe' detti fondi, essendovi autorizzata da suo marito, ed in sua mancanza o rifiuto dal giudice.

98. Colui, il fondo del quale è pignorato, conservandone il possesso, come abbiam veduto n. 16, può intentare la querela, se il suo possesso fosse turbato da terze persone. S' egli trascurasse di farlo, la querela potrebbe essere intentata in suo nome, dietro richiesta del commissario delegato alla custodia del fondo pignorato.

99. Quegli il di cui fondo è confiscato, non riputandosi esserne spogliato che in faccia del signore da cui il fondo dipende, e riputandosi, riguardo ai terzi, conservarne egli il possesso, come l' abbiamo già veduto, può per conseguenza intentar la querela, s' egli vi fosse da terze persone turbato.

100. La querela non potendo intentarsi che da colui che ha il possesso, non può essere intentata dai

detentori i quali tengono il fondo per un altro, ed a nome di un altro, come sono i conduttori. E perciò allorquando un conduttore è turbato nel suo godimento, s' egli lo è dal suo locatore, non può intentar querela, e non ha contro lui che l' azione *ex conducto*. Similmente, se lo è da terze persone, non ha contro esse che un' azione *in factum*; e se il reo convenuto colle sue difese, pretendesse il possesso, il conduttore dee denunziarle al suo locatore, perchè questi intenti egli stesso la querela.

L' usufruttuario di un fondo può bensì intentar la querela pel suo diritto di usufrutto, di cui egli ha un quasi possesso, allorchè vi è turbato; ma non può intentare la querela pel fondo medesimo; poichè non egli, ma il proprietario ne è possessore, e questi solo può intentar la querela.

§ 4. *Contro chi si possa intentar la querela, e per quale turbamento.*

101. Il possessore di un fondo o di qualche altra cosa per la quale si può intentar la querela, può intentarla contro tutti coloro che lo turbano nel suo possesso, chiunque essi sieno.

Egli può intentarla ancora contro il proprietario del fondo che lo turbasse nel possesso ch' ei ne ha; e questo proprietario non sarà ammesso nè a giustificare, nè ad allegare il suo diritto di proprietà, sino a che la querela che il possessore ha istituito contro di lui, sia stata discussa ed interamente terminata con una sentenza che mantenga il possessore nel suo possesso.

102. Vi sono due specie di turbamento, per le quali si può intentare la querela; il turbamento di fatto, ed il turbamento di diritto.

Chiamansi turbamento di fatto i differenti fatti co' quali alcuno intraprende qualche cosa sopra un fondo di cui io sono in possesso, sia lavorandolo, sia togliendone i frutti che vi sono pendenti, atterrando degli alberi, strappandone la siepe, spianandо o scavandoci una fossa; io posso prendere per turbamento del mio possesso le intraprese fatte sul mio fondo, risultanti da alcuni di questi differenti fatti, ed in conseguenza intentar la querela contro colui che le ha fatte.

Allorchè io sono così turbato nel possesso che ho di un fondo, non debbo lasciar passare l' anno dopo il turbamento, senza intentar la querela contro colui che ha fatto il turbamento, o senza oppormi col fatto alla sua intrapresa; *puta*, distruggendo ciò ch' egli ha fatto sul mio fondo; altrimenti, siccome il possesso si acquista godendo per un anno ed un giorno senza turbamento, egli potrebbe pretendere di aver acquistato il possesso del fondo, col godimento che ei ne avrebbe avuto senza turbamento per un anno ed un giorno.

103. Il turbamento di diritto è quello, che risulta da qualche domanda giudiziale, colla quale alcuno mi disputa il possesso che io pretendo avere del fondo; per esempio, se alcuno pretendendo avere il possesso di un fondo, di cui io pretendo esser possessore, spiegasse contro me una domanda di querela; essendo citato su questa domanda, io debbo dichiarargli che prendo la sua domanda per turbamento fatto al possesso nel quale io pretendo essere del fondo, e intentargli per parte mia la querela, a fine di essere mantenuto nel mio possesso, e che gli sia proibito di turbarmivi.

§ 5. *Quale sia la procedura da seguirsi nella querela, e come si termini.*

104. Allorchè la parte citata in virtù di querela non vi fa opposizione, l' attore ottiene una sentenza che lo mantiene in possesso. Al contrario, se essa vi fa opposizione, articolando un possesso contrario, il giudice ordina alle parti di provare il loro possesso. Dopo le informazioni fatte, la parte che ha provato il suo possesso ottiene una sentenza che glielo mantiene, e che proibisce all' altra parte di turbarlo, salva la azione in petitorio.

L' effetto di questa sentenza si è,

che la parte, la quale è stata mantenuta in possesso, non avrà da provar niente, allorchè sarà convenuta in petitorio; e si presumerà proprietaria sino a che l' altra parte, in virtù della domanda spiegata in petitorio, abbia ampiamente giustificato il contrario.

105. Allorchè le informazioni sono contrarie, in modo che il giudice non possa conoscere quale delle parti che si contrastano il possesso del fondo lo abbia veramente, il giudice in questo caso, senza stabilir cosa alcuna sul possesso, ordina che le parti procedano in petitorio; ed il fondo si dichiarerà appartenere a quella parte, la quale in petitorio avrà meglio documentato il suo diritto di proprietà.

Qualche volta il giudice ordina che il possesso sia sequestrato durante la lite in petitorio.

Qualche volta il giudice accorda il possesso provvisorio ad una delle parti, durante la lite in petitorio. Questo possesso provvisorio non ha altro effetto che di dare alla parte, cui è stato accordato, il diritto di godere del fondo litigioso, durante l' azione in petitorio, coll' obbligo di renderne conto all' altra parte, nel caso che questa vincesse la causa; ma non ha l' effetto che ha la sentenza del pieno mantenimento in possesso, di dichiarare cioè possessore colui che l' ha ottenuta, e di farlo presumere proprietario, senza che abbia bisogno di provare il suo diritto di proprietà, sino a che l' altra parte non avrà pienamente giustificato il suo. Al contrario, la sentenza di semplice possesso provvisorio lascia tal possesso *in incerto*, e non dichiara possessore colui che l' ha ottenuto, nè lo dispensa per conseguenza dal provare nel petitorio il diritto di proprietà, ch' egli pretende avere sul suo fondo in contesa.

SEZIONE II.

Dell' azione di reintegrazione.

106. Chiamasi azione in reintegrazione l' azione di querela, allorchè s' intenta pel caso di *violenza, o spogliazione*, cioè nel caso che il possessore non è soltanto turbato, ma è stato interamente spogliato con violenza. Ella ha la stessa prerogativa di quella che s' intenta in caso di *innovazione*, *supra*, *n.* 87.

Si può definirla, un' azione che ha colui il quale è stato spogliato con violenza del possesso di qualche fondo, contro colui che lo ha spogliato, per essere ristabilito nel suo possesso.

Quest' azione ha rapporto con quella che è conosciuta nel diritto romano sotto il nome d' *interdictum unde vi*, la quale forma la materia del titolo del Digesto, *de vi et vi armata.*

Noi vedremo su questa materia, 1.° riguardo a quali cose sia luogo a questa azione; 2.° in quali casi ella abbia luogo: 3.° da chi possa essere intentata; 4.° contro chi debba intentarsi; 5.° entro qual tempo debba essere intentata, 6.° quale ne sia lo effetto.

§ 1. *A riguardo di quali cose vi sia luogo all' azione di reintegrazione.*

107. L' *interdictum unde vi* del diritto romano, al quale corrisponde la nostra azione di reintegrazione, ha luogo riguardo a tutte le sorte di beni stabili de' quali alcuno sia stato spogliato, siano terreni, siano case: *Generaliter ad omnes hoc pertinet interdictum, qui de re solo cohaerenti dejiciuntur; talis qualis enim fuerit locus unde quis vi dejectus est, interdicto locus erit; l.* 1, § 4, *ff. de vi et vi arm. Proinde etsi superficiaria insula fuerit qua quis dejectus est, apparet interdicto locum fore; d. l.* 1, § 5. *Plane si quis de ligneis ædibus dejectus fuerit, nemo ambigit interdicto locum fore; quia tale quale sit quod solo cohaeret, inde qui vi dejectus est, habet interdictum; d. l.*, § 8.

Riguardo alle cose mobili, per quanto grande ne sia il volume, esse non possono *principaliter et per se* dar luogo all' *interdictum unde vi*, allorchè sono state rapite ad alcuno con violenza: *Illud in dubium non venit interdictum hoc ad res mobiles non pertinere*: *l.* 5, § 6. *Si quis de nave vi dejectus est, huic interdicto locus non est*; *d. l.* 1, § 7.

Ma quando si fossero trovate in uno stabile, del quale uno fosse stato spogliato con violenza, *l' interdictum unde vi*, che aveva luogo per lo stabile, si estendeva a queste cose che vi si erano trovate: *Si quae res sunt in fundo vel in aedibus unde quis dejectus est, etiam earum nomine interdictum competere non est ambigendum*; *d. l.* 1, § 6.

108. Similmente nel nostro diritto l' azione di reintegrazione essendo un ramo dell' azione di querela, non ha luogo che per gl' immobili, nè mai pe' semplici mobili.

Coloro ai quali sono state rapite delle cose mobili, hanno bensì una azione contro il rapitore, per ottenerne la restituzione, e basta per ottenerla ch' essi provino che la cosa è loro stata rapita senza che si debba entrare nell' esame del diritto che vi hanno le parti; ma quest' azione non è che un' azione ordinaria, la quale non è l' azione di reintegrazione e che non ne ha le prerogative.

§ 2. *In quali casi vi sia luogo alla azione di reintegrazione.*

109. Dalla definizione che abbiamo data dell' azione di reintegrazione risulta, che, acciocchè vi sia luogo a tale azione, è necessario che alcuno sia stato spogliato con violenza del possesso del fondo che possedeva. Non si può essere spogliato di ciò che ancora non si possiede; e perciò se mi sia stato impedito, sebbene con violenza, di mettermi in possesso di un fondo ch' io non aveva ancora posseduto, per qualunque diritto che io potessi avere di mettermene in possesso, non vi è luogo a quest' azione. Così insegna Ulpiano: *Interdictum hoc nulli competit, nisi ei qui tunc quum dejiceretur possidebat; nec alius dejici visus est quam qui possidet*; *l.* 1, § 23 ff. *de vi*. Ed in seguito dice: *Eum, qui neque animo, neque corpore, possidebat, ingredi autem et incipere possidere prohibeatur, non videri dejectum verius est: dejicitur enim qui amittit possessionem non qui accipitur*; *d. l.* 1, § 26.

Si può portare per esempio il caso nel quale il compratore di un fondo, cui il venditore ha permesso di mettersene in possesso quando egli voglia, prima che gliene abbia fatta alcuna tradizione nè reale nè finta, si è presentato per mettersene in possesso e ne è stato impedito con violenza, o dal venditore, o da terze persone; in tal caso non avvi luogo all' azione di reintegrazione.

110. Ma sarebbe altrimenti se, essendomi allontanato dal mio fondo senza lasciarvi alcuno da parte mia, coll' intenzione di ritornarvi, alcuno al mio ritorno mi avesse con violenza impedito di ritornarvi; si reputa in questo caso essere io stato spogliato del possesso ch' io teneva colla volontà che aveva di ritornare nel mio fondo, come abbiam veduto *supra*, n. 74. E vi è luogo alla reintegrazione contro colui che mi ha spogliato e che in tal guisa si è messo in possesso egli stesso.

111. Vi è luogo alla reintegrazione, allorchè un erede è impedito con violenza di mettersi in possesso di un fondo, che il defunto possedeva in tempo della sua morte; poichè, secondo la regola del nostro diritto francese, *il morto impossessa il vivo*, si reputa ch' egli sia succeduto nel possesso che il defunto ne aveva; si reputa esserne stato messo in possesso dal defunto stesso nello istante della sua morte; del quale possesso egli è spogliato colla violenza usata per impedirgli d' entrarvi.

112. Perchè si reputi essere stato alcuno spogliato con violenza del possesso di un fondo, e perchè vi sia luogo in conseguenza alla reintegrazione, nulla importa che sia egli stesso, o quelli che lo tenevano in suo nome, come un custode o un conduttore, che ne sieno stati scacciati con violenza, o a' quali siasi impedito di rientrarvi, come abbiam veduto *supra*, n. 73.

113. Il diritto romano faceva una distinzione, se la violenza, colla quale alcuno era stato spogliato del possesso di un fondo, era stata fatta senza armi o con armi; allorchè non erano state adoperate armi, vi era luogo all' azione che chiamavasi *interdictum de vi quotidiana*; quando si erano usate le armi, v' era luogo ad una altra azione che chiamavasi *de vi armata*. Eravi qualche differenza tra l' una e l' altra azione, che abbiamo osservato nel titolo delle nostre Pandette, *de vi et vi armata*, n. 13 e 14.

Nel nostro diritto francese, non vi ha che una sola azione di reintegrazione; ma, secondo le circostanze dall' atrocità della violenza, colui che è stato con violenza spogliato può, in vece della reintegrazione, prendere la via dell' accusa, ed agir criminalmente contro quelli che l' hanno commessa.

§ 3. *Da chi possa intentarsi l' azione di reintegrazione.*

114. Tutti coloro che sono stati spogliati con violenza del possesso di un fondo, hanno diritto d' intentare quest' azione di reintegrazione, per riaverlo.

Non è necessario, perchè sia ammesso ad intentare tale azione, che la cosa, di cui gli è stato tolto il possesso, fosse una cosa che gli appartenesse, e di cui fosse proprietario; basta che la possedesse: *Fulcinius dicebat vi possideri, quoties vel non dominus, quum tamen possideret, vi dejectus est; l.* 8, *ff. de vi et vi arm.*

Non importa altresì che il possesso, di cui quegli che intenta la reintegrazione è stato spogliato, fosse un possesso civile che derivi da un giusto titolo, o che fosse un possesso soltanto naturale, mancante di titolo, o derivante da un titolo nullo: *Dejicitur is, qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat; nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet; l.* 1, § 9, *ff. d. tit.*

Ulpiano ne reca un esempio nel caso di una moglie, ch' è stata spogliata con violenza del possesso di un fondo, di cui suo marito le aveva fatto donazione durante il matrimonio; sebbene il possesso ch' essa aveva del suo fondo, procedesse da un titolo nullo, e fosse un possesso ingiusto e puramente naturale, nondimeno ella è ammessa ad intentar l' azione di reintegrazione: *Si maritus uxori donavit, eaque dejecta sit, poterit interdicto uti; d. l.* 1, § 10.

In una parola, per quanto vizioso sia il possesso di cui alcuno è stato spogliato con violenza, fosse pur anco un possesso ch' egli pure avesse acquistato con violenza, egli è ammesso ad intentar l' azione di reintegrazione contro un terzo che ne lo ha spogliato: *Qui a me vi possidebat, si ab alio dejiciatur, habet interdictum; d. l.* 1, § 30.

115. L' azione di reintegrazione essendo l' azione che ha colui il quale è stato spogliato, e non essendovi che colui il quale possedeva, che possa riputarsi essere stato spogliato, ne segue che allorquando un conduttore è stato scacciato con violenza da un fondo ch' ei teneva in affitto, può bensì avere un'azione *in factum* contro colui che ha esercitato la violenza, per riparazione del torto che gli ha fatto; ma non può intentar la azione di reintegrazione, *d. l.* 1, § 10. Poichè non è egli che possedeva il fondo, nè per conseguenza ne è stato spogliato, ma bensì quegli che glielo ha dato in affitto, che ne era il possessore, e che ne è stato spogliato; questi solo ha diritto d' intentar l' azione di reintegrazione.

116. Non bisogna dire lo stesso di un usufruttuario che sia scacciato con violenza da un fondo, di cui egli godeva l' usufrutto, nè pure di colui che vi aveva un semplice diritto di uso, sebbene quest' usufruttuario e questi che ne aveva il diritto di uso possedessero piuttosto un diritto di usufrutto o di uso sul fondo che il fondo stesso; questo possesso, qualunque siasi, di cui sono spogliati, basta perchè sieno ammessi ad intentare la reintegrazione, per essere reintegrati nel godimento e uso del fondo da cui sono stati scacciati: *Qui usufructus nomine taliter qualiter fuit quasi in possessione, utetur hoc interdicto; l.* 3, § 17, *ff. d. tit.*

Item, si non ususfructus, sed usus sit relictus, competit hoc interdictum; *d. l.* 3, § 16.

117. Se quest' usufruttuario manchi di vita poco dopo essere stato scacciato, i suoi eredi sono essi ammessi ad intentare la reintegrazione? La ragione di dubitare si è, che lo usufrutto essendo estinto colla sua morte, e non passando a'suoi eredi, l' azione che quest' usufruttuario aveva, per essere reintegrato nel godimento del fondo, sembra dovere essere egualmente estinta. Nondimeno Ulpiano decide che i suoi eredi sono ammessi ad intentarla. La ragione si è, che quest'azione essendo stata acquistata dall' usufruttuario, egli la trasmette a' suoi eredi, non già per essere ristabilito nel godimento del fondo per l' avvenire (che era a lui personale e che non può passare a' suoi eredi), ma per la restituzione de'godimenti di cui è stato privato sino alla sua morte: *Si quis posteaquam prohibitus est, capite minutus sit, vel mortuus; recte dicitur haeredibus et successoribus competere hoc interdictum; non ut in futurum constituatur ususfructus, sed ut praeterita causa et damnum praeteritum sarciatur*; *d. l.* 3, § 17.

§ 4. *Contro chi possa intentarsi la azione di reintegrazione.*

118. Colui ch'è stato spogliato con violenza del possesso di un fondo può intentare l' azione di reintegrazione, non solo contro quelli che hanno essi stessi usata la violenza per ispogliarlo, ma ancora contro colui che loro ne ha dato l' ordine; poichè con quest'ordine, ch' egli ha dato, si reputa avernelo egli stesso spogliato: *Parvi enim referre visum est suis manibus quis dejiciat, an vero per alium*; *l.* 1, § 12, ff. *d. tit. Dejicit et qui mandat*; *l.* 152, § 1, ff. *de reg. jur.*

119. Quando anche quelli che hanno spogliato alcuno con violenza del possesso di un fondo in mio nome, l' avessero fatto senza averne allora alcun mio ordine, se dopo io abbia approvato ciò ch' essi han fatto in mio nome, si può intentare contro di me l'azione di reintegrazione, nel modo stesso come se io gliene avessi dato l'ordine; poichè l' approvazione di ciò ch' essi hanno fatto in mio nome, equivale ad un ordine ch' io loro avessi dato di farlo: *Si quod alius dejecit, ratum habuero, sunt qui putent, secundum Sabinum et Cassium, qui ratihabitionem mandato comparant, me videri dejecisse, interdictoque isto teneri. Et hoc verum est*; *l.* 1, § 14, ff. *de vi et vi arm.*

Questo è il caso della regola di diritto: *In maleficio ratihabitio mandato comparatur*; *d. l.* 152, § 2, ff. *de reg. jur.*

120. Sebbene colui che ha comandato, o pure solamente approvato ciò ch' è stato fatto in suo nome, per ispogliare alcuno con violenza del possesso di un fondo, si reputi averlo egli stesso spogliato, e possa convenirsi per conseguenza coll'azione di reintegrazione, ciò non impedisce che coloro i quali hanno usata la violenza, benchè in suo nome e per suo ordine, possano egualmente esser convenuti coll' azione di reintegrazione solidalmente con lui; poichè s'egli ha commesso un fallo, dando loro quest'ordine, essi pure egualmente lo hanno commesso nell' eseguirlo: *Quoties verus procurator dejecerit, cum utrolibet eorum, id est sive domino, sive procuratore, agi posse Sabinus ait... non enim excusatus est qui jussu alicujus occidit*; *d. l.* 2, § 13.

121. Ma se colui, a nome del quale mi ha alcuno spogliato con violenza del possesso di un fondo, non ha condannato nè approvato ciò ch' è stato fatto in suo nome, l'azione di reintegrazione non può intentarsi contro di lui, ma soltanto contro colui che ha commesso la violenza: *Quum falsus est procurator, cum ipso tantum procuratore interdici debere*; *d.* §

122. Colui il quale è stato spogliato con violenza, non è ammesso ad intentar questa azione di reintegrazione contro colui, ch'ei trova in possesso della cosa di cui è stato spogliato con violenza, se questo possessore non vi ebbe alcuna parte: *Quum a te vi dejectus sum, si Titius*

eamdem rem possidere caeperit, non possum cum alio, quam tecum interdicto experiri; *l.* 7, *ff. d. tit.*

123. Per altro, colui che con violenza ha spogliato taluno del possesso di un fondo, non può esimersi da quest'azione di reintegrazione quando anche offrisse di giustificare che egli ne è il vero proprietario, e che colui il quale ne fu spogliato, lo possedeva indebitamente. Non si esamina in tale azione, che il solo fatto dello spogliamento con violenza; e qualunque possa essere lo spogliatore, basta che sia provato ch' egli ha spogliato con violenza l' attore in reintegrazione, perchè debba essere condannato a ristabilirlo nel possesso del fondo di cui l'ha spogliato. Sino a che non l'abbia ristabilito in possesso, ed anche sino a tanto che non abbia interamente eseguita la sentenza, col pagamento dei danni ed interessi a' quali è stato condannato verso l'attore spogliato, egli non dee essere ascoltato ad allegare il diritto di proprietà ch'ei pretende avere del fondo, nè ammesso a spiegarne la domanda in petitorio: *Spoliatus ante omnia restituendus.*

Se però lo spogliato, a favore del quale la sentenza è stata emanata, fosse in mora a far liquidare i danni ed interessi, e tassare le spese alle quali lo spogliatore è stato condannato, questi potrà essere ammesso a procedere in petitorio, dando all'altro cauzione di pagarlo, tosto che saranno stati liquidati i danni ed interessi, e tassate le spese. Ordinanza del 1667, *tit.* 18, *art.* 7.

§ 5. *Entro qual tempo debba intentarsi l' azione di reintegrazione, e de' motivi d'inammissibilità contro quest' azione.*

124. L'azione di reintegrazione, allorchè è intentata in via civile, dee nel modo stesso della querela intentarsi entro l'anno, il quale si conta dal giorno in cui la violenza è cessata, e che lo spogliato è stato in potere d' intentarla: alcuni Statuti hanno su di ciò delle espresse disposizioni. Quello di Cambrai, *tit.* 25, *art.* 26 dice: *Le azioni per spogliamento s' intentano per querela, o dimanda di ristabilimento entro l'anno.* Ciò è conforme ai principj del diritto romano sull' *interdictum de vi: Unde tu illum vi dejecisti, aut familia tua dejecit; de eo, quaeque tunc ille ibi habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo quod ad eum qui vi dejecit pervenerit, judicium dabo*; *l.* 1, *ff. d. tit. de vi et vi arm. Annus in hoc interdicto utilis est*; *d. l.* 1, § 39.

Se adunque si è lasciato passare l'anno senza intentar quest'azione, ne risulta un motivo d' inammissibilità contro quest' azione che si dovrebbe intentar dopo l'anno.

Nondimeno, ancor dopo l' anno, allorchè lo spogliatore si trova in possesso del fondo usurpato o di alcune di quelle cose che vi si sono trovate, egli non può con alcun motivo di inammissibilità, neppur dopo l'anno, esimersi dal restituire il detto fondo o le dette cose nello stato ch' egli le ha.

125. Sino a tanto che non è ancora trascorso un anno dallo spoglio, quand'anche lo spogliato avesse intentato una domanda di rivendicazione contro lo spogliatore, non ne risulta alcun motivo d'inammissibilità, che gl' impedisca, abbandonando la sua domanda di rivendicazione, di intentare l' azione di reintegrazione. Così c' insegna Papiniano: *Eum, qui fundum vindicavit, ab eo cum quo interdicto unde vi potuit experiri, pendente judicio, nihilominus interdicto recte agere placuit*; *l.* 18, § 1, *ff. de vi et vi arm.*

126. Allorchè la violenza è di natura da potere dar luogo ad una procedura straordinaria, l'accusa può essere intentata ne' vent'anni come per tutti gli altri delitti.

§ 6. *Dell' effetto dell'azione di reintegrazione, e della sentenza che interviene su quest' azione.*

127. Lo spogliato è ammesso a domandare con quest' azione, 1.º che egli sia rimesso in possesso del fondo di cui è stato spogliato.

Se non è più in potere dello spogliatore di rimetterlo in tale possesso, dee

esser condannato a restituirgliene il prezzo, insieme a' danni ed interessi, lo che ha luogo quand'anche ciò fosse avvenuto senza alcuna sua colpa, ma per un accidente di forza maggiore, come nel caso che la casa, della quale lo spogliatore si è impossessato, fosse stata incendiata da un fulmine. Così insegna Paolo: *Si vi me dejeceris, vel vi aut clam feceris; quamvis sine dolo et culpa amiseris possessionem, tamen damnandus es quanti mea interest; quia in eo ipso culpa tua, praecessit quod omnino vi dejecisti, aut vi, aut clam fecisti; l. 15, ff. d. tit.* E Giuliano: *Huic consequens esse ait, ut villae quoque et aedium incendio consumptarum pretium restituere cogatur; ubi enim quis, inquit, dejecit, per eum stetisse videtur quominus restitueret; l. 1, § 35, d. tit.*

Con queste ultime parole, *per eum stetisse videtur quominus restitueret*, il giureconsulto rende la ragione per la quale lo spogliatore è obbligato di rendere il prezzo della cosa allo spogliato, benchè sia perita senza suo fatto e per una forza maggiore; cioè, perchè si reputa che lo spogliatore, pel solo fatto dello spogliamento, sia *ipso jure* in obbligo di restituire la cosa: ora è principio stabilito che la cosa che si dee restituire, è a rischio del debitore che è in mora di restituirla.

128. Non si entra neppure, riguardo allo spogliatore ed al ladro, nell' esame in cui si entra riguardo agli altri debitori che sono in mora di restituire una cosa, cioè di sapere se la cosa ch' essi sono in mora di restituire, sarebbe egualmente perita nelle mani di colui al quale dee essere restituita; queste persone non meritano alcun favore, e perciò non si dee entrare a loro riguardo in quest'esame, come l' abbiamo già osservato nel nostro *Trattato delle Obbligazioni*, n.° 664.

129. Ma nel foro interno, allorchè io so che non mi sarei disfatto della cosa di cui sono stato spogliato, o che mi è stata rubata, e ch' essa sarebbe egualmente perita nelle mie mani, come è perita tra le mani dello spogliatore o del ladro, lo spoglio o il ladroneccio, non avendomi per l'avvenuto cagionato alcun danno, non credo di potere in coscienza farmi pagare del prezzo di questa cosa, poichè le regole della carità, che ci è comandata, riguardo a quelli ancora che l' hanno mal meritata da noi, non permettono che possiamo esigere da essi, allorchè hanno commesso qualche delitto verso di noi, più della riparazione del danno che il loro delitto ci ha cagionato.

130. L' attore in azione di reintegrazione è ammesso, in secondo luogo, a domandare la restituzione di tutte le cose che si sono trovate nel fondo, allorchè ne è stato spogliato, sia che a lui appartenessero, o che appartenessero ad altri: *Quod ait praetor*, QUAEQUE HABUIT, *sic accipimus ut omnes res contineantur, non solum quae propriae ipsius fuerunt, verum etiam si quae apud eum depositae, vel ei commodatae, vel pignoratae, quarumque usum vel usumfructum, vel custodiam habuit, vel si quae ei locatae sunt; quum enim dicat praetor* HABUIT, *omnia haec habendi verbo continentur; d. l. 1, § 33.*

La restituzione di queste cose deo farsi all' attore in reintegrazione, sia che trovinsi esse ancora nel fondo di cui è stato spogliato, sia che più non vi si trovino: *Rectissime Praetor addidit*, TUNC *ibi habuit:* TUNC *sic accipimus quum dejiceretur; et ideo et si quod postea desiit illic esse, dicendum erit, in interdictum venire; d. l. 1, § 34.*

Quando anche queste cose fossero perite senza colpa dello spogliatore, non cesserà di essere obbligato a restituirne il valore: *Eum qui vi dejecit ex eo praedio, in quo homines fuerant, propius esse, ut etiam sine culpa ejus mortuis hominibus æstimationem eorum per interdictum restituere debeat: sicuti fur hominis, etiam mortuo eo, tenetur; d. § 34.*

Trifonino ne rende questa ragione: *Quia ex ipso tempore delicti plusquam frustrator debitor constitutus est; l. 19, ff. d. tit.* Il senso si è: se una cosa è a rischio interamente del debitore che è in mora di renderla, a più forte ragione essa dee essere a rischio di uno spogliatore, ben più odio-

so che il semplice debitore; il quale spogliatore pel solo fatto dello spoglio è stato da questo tempo costituito *ipso jure* in mora a rendere le cose delle quali si è impadronito.

131. Osservate, che riguardo alle cose che erano nel fondo allorchè l'attore ne è stato spogliato, acciocchè sia ammesso a domandarne la restituzione, non vi è bisogno che abbia la pruova riguardo a ciascuna di dette cose, che erano nel suo fondo; ma deve credersi al suo giuramento, sino alla concorrenza però di certa somma da fissarsi ad arbitrio del giudice, avuto riguardo alle verosimiglianze che risultano dalle circostanze e dalla qualità delle persone; *l.* 9. *Cod. unde vi.*

132. L'attore in reintegrazione è ammesso in terzo luogo a domandare la restituzione dei frutti, tanto del fondo di cui è stato spogliato, quanto di tutte le cose fruttifere che vi erano: *Ex die, quo quis dejectus est, fructuum ratio habetur... idem est et in rebus mobilibus, quae ibi erant; nam earum fructus computandi sunt, ex quo quis vi dejectus est*; *l.* 1, § 40.

Questa restituzione de' frutti non è limitata a quelli che lo spogliatore ha percetti; egli dee restituire anche quelli che non ha percetto, e che lo attore avrebbe potuto percipere, se egli non l'avesse spogliato: *Fructus etiam quos velus possessor percipere potuit, non tantum quos prædo percepit, venire non ambigitur*; *l.* 4, *Cod. unde vi.*

133. Infine l'attore in reintegrazione ha diritto di domandare i suoi danni ed interessi, i quali comprendono non solo le perdite ch'ei soffrì, ma anche tutti i guadagni de' quali è stato privato: *Vivianus refert in hoc interdicto omnia quaecumque habiturus vel adepturus erat is, qui dejectus est, si vi dejectus non esset, restitui, aut eorum litem a judice æstimari debere, eumque tantum consecuturum, quanti sua interesset se vi dejectum non esset*; *d. l.* 1, § 41. Vedasi su i danni ed interessi il nostro *Trattato delle Obbligazioni.*

SEZIONE III.

Della querela in materia di benefizj.

134. La querela in materia di benefizj è un' azione colla quale un ecclesiastico, che ha preso possesso di un benefizio, di cui è stato provveduto, domanda di esserne mantenuto in possesso, contro un altro ecclesiastico, il quale ne ha pure preso possesso.

Noi vedremo nel primo articolo, quali sieno i giudici innanzi a' quali tale querela debba intentarsi. Nel secondo tratteremo della presa di possesso del benefizio che dee precederla. Nel terzo del triennale che la esclude. Nel quarto da chi, e contro chi s' intenti. Nel quinto della procedura che ha luogo su questa azione; e nel sesto de' giudizj che v' intervengono.

ARTICOLO PRIMO.

A quali giudici appartenga il prender cognizione delle querele in materia di benefizj.

135. Sebbene i benefizj sieno cose spirituali, nondimeno la querela in tale materia è di competenza de' giudici secolari; poichè il fatto del possesso è quello che costituisce l'oggetto di quest' azione, e questo fatto del possesso non è cosa spirituale. Iddio ha incaricato la potestà secolare di mantenere l' ordine pubblico e la pubblica tranquillità; ed è una cosa che appartiene all' ordine pubblico ed alla pubblica tranquillità, che non sia recato alcun turbamento al possesso di tutte le cose che ciascuno possiede, qualunque esse siano, profane o spirituali. L'azione di querela in materia di beneficj, colla quale un ecclesiastico domanda che sia proibito ad un altro di turbarlo nel possesso del suo benefizio, è adunque un' azione di giurisdizione della potestà secolare, e la cognizione della quale appartiene a' giudici secolari.

Questo diritto che hanno i giudici secolari, di prender cognizione delle querele in materia di benefizii, non è

loro contrastato; i papi l' hanno essi stessi riconosciuto. Martino V, con una bolla indirizzata al re Carlo VII, la quale è stata registrata al Parlamento, riconosce in termini formali la legittimità dell' uso immemorabile, nel quale si è in Francia, di portare le cause in possessorio de' benefizj innanzi a' giudici regj. Trovasi nella Raccolta delle prove delle libertà della Chiesa Gallicana un' altra bolla del Papa Eugenio IV, la quale dice la stessa cosa; ed un breve di Leone X indirizzato a Francesco I, col quale gli raccomanda la causa di un certo Giovanni di Ansedona che aveva innanzi i suoi giudici, sul possessorio di due benefizj ch' egli aveva in Francia.

136. Essendo la Chiesa sotto la protezione speciale del re, il re ha riservato a' suoi giudici, ad esclusione de' giudici baronali, il giudicarne.

Ciò è formalmente espresso nell' artic. 4 del tit. 15 dell' Ordinanza del 1668 di cui ecco le parole: « Le querele pe' benefizj avranno luogo innanzi a' nostri giudici a' quali ne appartiene il giudicare ad esclusione dei giudici ecclesiastici e de' baronali, ancor che i benefizj siano stati fondati dai baroni o da' loro autori, e ch' essi ne abbiano la presentazione o collazione ».

Con queste parole dell' art., *i nostri giudici*, si debbono intendere i giudici de' baliaggi e siniscalchi a' quali la cognizione di queste cause è attribuita dall' editto di Cremieu, art. 13, ad esclusione de' preposti regj.

I giudici di privilegio son altresì compresi sotto queste parole *i nostri giudici*, come sono quelli de' ricorsi (*requêtes*), ed i giudici conservatori de' privilegj delle università; le parti che hanno un diritto di *committimus*, possono, se non sono attori, portare la causa innanzi i giudici di loro privilegio o farvela rimettere, allorchè sono citati innanzi al giudice ordinario.

ARTICOLO II.

Della presa di possesso del benefizio, che dee precedere la querela.

137. Un ecclesiastico non può essere riputato in possesso di un benefizio, s' egli non ne ha preso il possesso nella forma ordinaria. La querela, essendo un' azione colla quale un ecclesiastico domanda d' esser mantenuto nel possesso di un benefizio, non può per conseguenza intentarsi s' egli non abbia preso prima possesso del benefizio nella forma ordinaria.

Vi sono due specie di prese di possesso: quella del possesso reale e quella del possesso civile.

§ 1. *Della presa di possesso reale.*

138. Perchè un ecclesiastico possa prendere il possesso reale di un benefizio, è necessario che abbia un titolo canonico, cioè delle provvisioni colle quali questo benefizio gli sia stato conferito.

139. Allorchè le provvisioni sono della corte di Roma, se questo benefizio ha cura di anime, sia che le provvisioni sieno state spedite *in forma dignum*, oppure *in forma gratiosa*, perchè il provveduto ne possa prender possesso reale, è necessario che oltre le sue provvisioni egli abbia ancora il *visa* del vescovo, nella di cui diocesi è situato il benefizio; se il benefizio non ha cura di anime, il provveduto ha bisogno del *visa* del vescovo diocesano, soltanto nel caso che le sue provvisioni *sieno in forma dignum*, e non quando sono *in forma gratiosa*. Editto del mese di aprile del 1695, *art.* 2 e 3.

Le provvisioni *in forma dignum* sono quelle indirizzate al vescovo diocesano, al quale il papa dà commissione di conferire il benefizio all' impetrante; esse sono così chiamate, perchè lo stile comincia con queste parole *dignum arbitramur*.

Le provvisioni *in forma gratiosa* sono quelle spedite sopra un certificato di vita e di costumi antecedentemente dato dal vescovo diocesano all' impetrante, colle quali il papa gli conferisce egli stesso direttamente il beneficio.

Nel caso in cui il *visa* è necessario, il provveduto dee presentarsi in persona innanzi al vescovo, o in sua assenza a' suoi vicarj generali, i quali, dopo l' esame fatto della sua vita, de' suoi costumi, della sua religione,

della sua scienza, gli accordano il *visa*. In caso di rifiuto, il vescovo dee palesare la cause del rifiuto nell' atto che egli dà. Editto del 1695, *art.* 3.

140. L' ecclesiastico che ha i titoli necessarj per prendere il possesso reale di un benefizio, può prenderlo in persona, o per mezzo di persona munita di una sua procura speciale.

141. Allorchè il beneficio non è tale da renderlo membro di un capitolo, per prenderne il possesso dee trasferirsi in persona, o per mezzo di suo procuratore speciale, insieme ad un notajo apostolico e due testimonj, nella chiesa ove prende il possesso, colle cerimonie che sono d'uso nella diocesi, di cui il notajo apostolico stende un atto e gliene rilascia una copia. Se si ricusasse di aprir le porte della chiesa, il notajo apostolico stenderebbe un processo verbale di rifiuto, ed il provveduto prenderebbe il possesso alla porta o a vista del campanile; del quale possesso il notajo apostolico stenderebbe un atto.

Allorchè il benefizio rende il titolato membro d' una chiesa cattedrale, collegiale o conventuale, nella quale vi è un cancelliere o segretario che suol distendere e spedire gli atti del possesso, il provveduto per prendere possesso si presenta in persona, o per mezzo del suo procuratore speciale, al capitolo, il quale lo mette in possesso, ed il cancelliere del capitolo ne stende un atto e gliene rilascia una copia. Questi cancellieri sono espressamente mantenuti in questo diritto con l'editto della creazione de' notaj apostolici, *art.* 3. Ma se il capitolo ricusasse di mettere il provveduto in possesso, ed il cancelliere del capitolo di stenderne l' atto, il provveduto si presenterebbe con un notajo apostolico e due testimonj, il quale ne stenderebbe processo verbale. Questo è ciò che è espresso nel detto editto, *art.* 3.

142. La presa del possesso reale mette il titolare in possesso, tanto delle sue funzioni spirituali ed ecclesiastiche dipendenti dal benefizio, quanto del temporale del detto benefizio.

§ 2. *Della presa di possesso civile.*

143. Vi è un' altra presa di possesso, la quale chiamasi *presa di possesso civile*. L' ecclesiastico che ha acquistato un diritto ad un benefizio, di cui non ha potuto ancora ottenere le provvisioni, o pel quale non ha potuto ottenere il *visa* necessario per prenderne il possesso reale, ottiene dal giudice regio con un' Ordinanza posta appiedi d' una sua domanda, il permesso di prenderne, per la conservazione del suo diritto, una specie di possesso, che chiamasi *presa di possesso civile*, col ministero d' un notajo apostolico che ne stende un atto.

Per esempio, allorchè un ecclesiastico francese ha ritenuto nella corte di Roma una data, per impetrare un beneficio vacante, l'ecclesiastico, avendo acquistato per la ritenzione di questa data un diritto al benefizio, di cui il papa, secondo le nostre massime, non può ricusargli le provvisioni; se il papa le ricusa, o differisce di darle, può quest' ecclesiastico, sopra un certificato della ritenzione della data che gli viene rilasciato dal banchiere, presentare una domanda al giudice regio, il quale gli permette di prendere il possesso civile.

Similmente, se il vescovo diocesano abbia ricusato le provvisioni ad un ecclesiastico che ha diritto ad un beneficio, come è un graduato; o abbia ricusato un *visa* ad un provveduto della corte di Roma, il quale produca appello di tale rifiuto, il giudice regio permette all' ecclesiastico di prenderne il possesso civile.

144. Questo possesso civile non dà il diritto di fare alcuna delle funzioni spirituali ed ecclesiastiche dipendenti dal beneficio. *Edit. d'aprile* 1695, *art.* 7. Egli non ha effetto che per la conservazione del diritto che ha al beneficio colui che ha preso tale possesso.

ARTICOLO III.

Del possesso triennale che esclude la querela.

145. Allorchè alcuno è in possesso attuale d' un benefizio di tre anni o più, nel quale non abbia sofferto, durante il detto tempo, alcun turbamento, non si può più istituir contro lui

la domanda di querela per causa di questo beneficio, purchè abbia almeno un titolo colorato, in virtù del quale possegga.

Questa è la disposizione del concordato, al titolo *de pacificis possessoribus*, dove si dice: *Statuimus quod quicumque, dummodo non sit violentus, sed habens coloratum titulum, pacifice et sine lite prælaturam seu quodcumque beneficium ecclesiasticum triennio proximo hactenus vel pro tempore possederit, vel possidebit, in petitorio vel possessorio, a quoquam, etiam ratione juris noviter reperti, molestari nequeat, ec.*

La prammatica sanzione ed il concilio di Basilea aveano simili disposizioni.

Noi vedremo, nel primo paragrafo, quali cose si richieggono perchè il possessore d' un benefizio possa godere del privilegio accordato dal concordato al possesso triennale. Nel secondo, ciò che s' intenda per titolo colorato, e quali sieno le mancanze che questo titolo sostenuto dal possesso triennale può sanare.

§ 1. *Quali cose si richieggono perchè il possessore d' un benefizio possa godere del privilegio accordato al possessor triennale.*

146. Cinque cose si richieggono perchè il possessore di un benefizio possa godere del privilegio accordato dal concordato al possesso triennale.

1.° È necessario che il possessore abbia posseduto il beneficio durante il corso di tre anni interi e consecutivi dopo averne preso il possesso; e contasi in questo tempo quello, durante il quale, dopo che ne ha preso possesso il titolato, ne abbia goduto il vescovo o l' arcidiacono mentre era vacante, poichè in questo caso il vescovo ne gode *alieno nomine*. Il titolare ne è sempre riputato possessore durante questo tempo, nel modo stesso che in materia profana il proprietario non si reputa cessar di possedere il suo fondo, benchè un usufruttuario ne possegga i frutti. *Rebuff. de pacif. possess.*, n. 85.

2.° È necessario che il possessore abbia goduto durante tutto il detto tempo, *senza alcun turbamento*; *pacifice et sine lite*; ciò che dee intendersi dalla parte dell' attore che intenta contro lui la querela; poichè l' attore, dopo il detto tempo, non è ammissibile ad opporgli il turbamento che gli fosse stato fatto da terze persone. *Rebuff. ibid.*, n. 167. Basta che quest' attore abbia tardato a spiegare la sua domanda, sin dopo il termine de' tre anni, perchè l' eccezione che risulta dal possesso triennale possa essergli opposta.

3.° È necessario che non vi sia stato alcun accidente di forza maggiore che abbia impedito all'attore di spiegare la sua domanda nel corso dei tre anni; poichè in questo caso non si potrebbe opporgli la prescrizione che risulta dal possesso triennale secondo il principio, *adversus non valentem agere nulla currit praescriptio.* Il concordato lo dice espressamente, esigendo però dall' attore, che se non è stato in suo potere di spiegare la domanda ne' tre anni, abbia almeno fatte le proteste ch' era in suo potere di fare. Ciò risulta dalle parole seguenti del concordato: *Praeterquam praetextu hostilitatis aut alterius legitimi impedimenti, de quo potestari et illud intimari debeat.*

4.° È necessario che il possessore triennale non siasi messo in possesso del beneficio con violenza, *dummodo non sit violentus.*

5.° Infine è necessario che il suo possesso sia stato preceduto da un titolo almeno colorato, poichè il possesso che si prende d' un beneficio senza titolo, non è già possesso, ma un' intrusione la quale non può dare alcun diritto, per quanto lunga ne sia la durata.

§ 2. *Cosa debbasi intendere per* titolo colorato, *e quali sieno i vizj che il titolo colorato sostenuto dal possesso triennale può sanare.*

147. Rebuffe nel suo Trattato *de pacificis possessoribus*, n. 32, definisce il titolo colorato: *Titulus habitus ab eo qui habet potestatem conferendi seu eligendi, sive de jure communi, sive speciali, et nisi obstitis-*

set aliquod impedimentum, fuisset justus.

Rebuffe reca per esempio di un titolo colorato, il caso nel quale il possessore triennale producesse la collazione che gli è stata fatta dal collatore del beneficio, senza avere la nomina di colui che aveva il diritto di nominare. La ragione si è, che la collazione è il titolo; la nomina non è che una condizione richiesta per rendere il titolo legittimo, ma la di cui mancanza non impedisce che il titolo sia almeno un titolo colorato.

Lo stesso avviene della mancanza della procura *ad resignandum* dello antico titolato; il possessore triennale, il quale produce la collazione che gli è stata fatta del beneficio sulla rassegnazione, si reputa avere un titolo colorato, sebbene non esibisca la procura *ad resignandum* dell' antico titolato. *Hericourt, p.* 2, *tit.* 18, *n.* 21.

Non si può inoltre opporre al possessore triennale, che produce il titolo col quale il beneficio gli è stato conferito, la mancanza d' insinuazione, sia de' suoi titoli, sia del suo atto della presa di possesso. *Heric., ibid.*

Similmente, allorchè è stato provveduto su d' una rassegnazione, il possesso triennale sana la mancanza della pubblicazione della rassegnazione. *Heric*, *ibid.*

In generale il possesso triennale sana tutte le mancanze di forma. *Heric., ibid., n.* 19.

148. Vi sono certi vizj nel titolo, che il possesso triennale non sana, come è il vizio di simonia. Allorchè sia provato che il beneficio è stato conferito per simonia, la collazione è talmente nulla, che non può passare per un titolo colorato qualunque siasi lo spazio di tempo in cui il provveduto abbia posseduto il beneficio, quando anche la simonia fosse stata commessa da un terzo senza saputa del provveduto, onde fargli ottenere il beneficio.

149. Il possesso triennale non può sanare in alcun caso il vizio di una collazione fatta da alcuno, che non avesse il diritto di conferire il beneficio. Ciò risulta dalla definizione che abbiamo dato qui sopra del titolo colorato: *Titulus habitus ab eo qui habet potestam conferendi etc.* Adunque il titolo non può passare neppure per titolo colorato, allorchè colui che l'ha conferito, non aveva alcun diritto di conferirlo.

Da ciò nasce la decisione della quistione proposta da Pastor, se la collazione fatta dal capitolo, *sede vacante*, d' un beneficio semplice, il quale sia a collazione del vescovo, possa passare per un titolo colorato.

Pastor aveva deciso per l' affermativa, perchè la giurisdizione del vescovo è devoluta al capitolo durante la vacanza dalle sede; nel che è ripreso da Sollier, il quale decide che questa collazione non può passare per un titolo colorato, le collazioni dei benefizj semplici non appartenendo al capitolo durante la vacanza della sede, ma al re pel suo diritto di regalia. *Hericourt* segue il parere di Sollier, *p.* 2, *tit.* 13, *n.* 19.

150 Hericourt, *ibid.*, propone una quistione riguardo alla collazione che un vicario generale avesse fatta di un beneficio a collazione del vescovo, sebbene le lettere di nomina del vicario generale non contengano il potere di conferirli; egli inchina a decidere che un tal titolo non è colorato. La quistione mi sembra andar soggetta a maggiori difficoltà della precedente; poichè non s' ignora che il capitolo non ha il diritto di conferire, *sede vacante*, i benefizj semplici, ma si può facilmente persuadersi che un vicario generale, il quale s' ingerisce nella collazione de' benefizj, ne abbia il potere per una clausola delle sue lettere; e quest' opinione comune, ch' egli abbia questo potere, può convalidare le collazioni ch' egli ha fatte, e farle passare almeno per titolo colorato. *Arg. l.* Barbarius Philippus, *ff. de off. Praet.*

Si dee soprattutto presumere che egli avea questo potere allorchè tali lettere non si sono potute produrre, *puta*, perchè i registri, ne' quali dovettero insinuarsi, sieno stati perduti.

151. La collazione fatta da alcuno che non aveva il diritto di conferire, non può nè pure passare per un

titolo colorato; ma ella è un titolo colorato, sebbene, allorchè è stata fatta, vi fosse nella persona del collatore qualche impedimento, che impedisse l' esercizio del suo diritto, come, per esempio, s' egli allora fosse stato sospeso; il possesso triennale sana questo difetto.

152. Il possesso triennale non sana il vizio d' inabilità a ritenere il beneficio che trovavasi nel possessore triennale, e che sussisteva ancora nel tempo della domanda spiegata contro di lui, per esempio, s' egli era irregolare in tempo che il beneficio gli è stato conferito; e che in tempo della domanda quest' irregolarità non fosse ancora tolta con una dispensa. *Hericourt*, *ibid.*, n. 20.

153. Si è fatta su questo soggetto la quistione, se il possesso triennale di una cura di città, conferita ad un prete non graduato, sani il difetto de' suoi gradi, s' egli non era graduato in tempo della domanda. Rebuffe nel suo Trattato *de pacificis possessoribus*, n. 80, pensa che il possesso triennale sani questo difetto; la disposizione del concordato, la quale vuole che questi benefici non siano conferiti che a de' graduati, essendo un diritto stabilito a favore dei graduati, essi hanno potuto rinunziarvi, e si reputa che vi abbiano rinunziato, riguardo alla cura conferita ad un prete non graduato, allorchè essi lo hanno lasciato durante tre anni in possesso pacifico di questa cura. L' incapacità d' un prete non graduato per avere una cura di città, non è un' incapacità assoluta: ella non è che relativa al diritto che hanno i graduati di avere, ad esclusione di tutti gli altri, questi benefici, e d' impedire ch' essi sieno conferiti ad altri; la quale incapacità cessa allorchè i graduati hanno tacitamente rinunziato al loro diritto.

Hericourt, *ibid.*, decide, al contrario, che il possesso triennale di una cura di città non sani l' incapacità del possessore, il quale non è graduato in tempo della domanda spiegata contro di lui; egli si fonda sulla dichiarazione del re Enrico II, del 9 marzo 1551, la quale proibisce assolutamente a' giudici di aver alcuno riguardo alle impetrazioni dei curati di città, ottenute da persone non graduate, nè ad alcuna dispensa ottenuta a questo riguardo. Il motivo esposto nel preambolo della dichiarazione, è quello dell' istruzione degli abitanti della città, la quale richiede che le cure di città non siano confidate che a persone che abbiano fatto pubblica prova della loro scienza co' gradi ch' essi hanno ottenuto; non è dunque solo a favore de' graduati, che la legge ha richiesto questa qualità. Maynard, *lib.* 1, *cap.* 55, riporta una dicisione del Parlamento, che ha accordato il godimento di una cura di città ad un graduato, contro un possessore triennale non graduato; ed egli osserva che ciò fu perchè non era ancora giustificato pienamente, che il luogo fosse una città, e perciò non fu mantenuto nel suo possesso, il quale senza ciò non avrebbe incontrato alcuna difficoltà, perchè, aggiunge egli, quando una qualità è richiesta da una legge per ritenere un beneficio, la mancanza di questa qualità non può sanarsi.

Per la stessa ragione Hericourt, *ibidem*, decide contro l' opinione del Rebuffe, che il possesso triennale non può servire ad un secolare per ritenere un beneficio destinato a' regolari, e *vice versa*.

ARTICOLO IV.

Da chi, e contro chi s' intenti la querela.

154. L' ecclesiastico che ha preso possesso d' un beneficio, sia ch' egli ne abbia preso un possesso reale, sia ch' egli ne abbia preso un possesso civile può intentare la querela contro un altro ecclesiastico, che, o prima o dopo del suo possesso, ha altresì preso possesso del medesimo beneficio.

Si opporrà fosse ch' io posso bensì intentar la querela contro colui che ha preso possesso del medesimo beneficio dopo di me, essendo il suo possesso un turbamento ch' egli fa al mio; ma che io non posso intentarla contro colui che ha preso il possesso prima di me, non potendo

essere il suo possesso un turbamento fatto al mio ch' io non aveva ancora. Io rispondo che non è già il suo prender possesso, ma la continuazione di tal possesso che ha preso, che io sostengo illegittimo, e nel quale egli si sta dopo che ho preso possesso io, che è un turbamento fatto al mio possesso pel quale io intento la querela.

Risulta da ciò, che allorquando due ecclesiastici hanno preso possesso dello stesso beneficio, il più diligente è colui che intenta la domanda di querela.

155. La parte che è citata con una domanda di querela, dee dal lato suo intentar la querela contro l' attore, e prendere per turbamento del suo possesso tanto la domanda dell' attore, quanto la presa di possesso.

Allorchè molti hanno preso possesso d' un medesimo beneficio, ciascun di loro intenta la querela contro tutti gli altri.

Un terzo che avesse preso possesso d' un beneficio, anche dopo istituito il giudizio che esiste tra le altre due parti per questo beneficio, può intervenire nello stesso giudizio ed intentare la sua querela contro le altre due parti.

156. I minori possono senza autorità nè assistenza del tutore o curatore, intentare una domanda di querela de' loro beneficj, e difendersi da quelle che sono contro loro intentate, nel modo stesso che possono intentar tutte le altre azioni che concernono i diritti, frutti e rendite dei loro beneficj, e difendersi. Così dispone l' Ordinanza del 1667, *tit* 15 *art.* 14, la quale ha su questo punto adottato il diritto delle Decretali, *Cap. si annum, de judic. in* 6.

È necessario però che il minore sia pubere, come espressamente è detto nel capitolo *si annum*, d' onde è cavato questo diritto, *si annum quartum decimun peregisti etc.*

ARTICOLO V.

Della procedura che ha luogo sulla querela.

157. La citazione per domanda di querela, si fa alla persona o al domicilio, allorchè la parte citata è in possesso attuale del beneficio, altrimenti dee farsi al luogo del beneficio. Ordinanza del 1667, *tit.* 15, *art.* 3.

L' attore dee coll' atto di citazione dichiarare il titolo delle sue provvisioni, ed il genere di vacanza sul quale egli è stato provveduto; egli dee altresì dare con quest' atto una copia sottoscritta da lui, de' suoi titoli e capacità. Ordinanza del 1667, *ibid.*, *art.* 2.

Questi titoli, de' quali egli dà copia, sono le sue provvisioni, il *visa*, nel caso che sia necessario, e l' atto del suo possesso.

Intendesi per sua capacità, gli atti che provano le qualità che gli sono necessarie onde esser capace di possedere il beneficio; come sono la fede di battesimo, le lettere di tonsura, di sacerdozio, o di un altro ordine; le sue lettere del grado, e l' attestato del tempo di studio allorchè è stato provveduto in qualità di graduato, ec.

Se l' attore avesse mancato di dare coll' atto di citazione queste copie, io penso che potrebbe darle nel corso del giudizio; e che non sarebbe soggetto ad altre pene, in mancanza di averle date coll' atto di citazione, che a quella stabilita dall' *art.* 6, del *tit.* 2 dell' Ordinanza, contro gli attori i quali non hanno dato nella citazione la copia dei titoli che servono di fondamento alla loro domanda; la quale è che le copie ch' essi in seguito ne daranno, e le risposte che vi saranno fatte, saranno a loro spesa, e senza diritto di ripeterle.

158. La parte citata dee similmente dichiarare nelle sue difese il titolo della sua provvisione, ed il genere di vacanza sul quale è stata provveduta, e dar copia de' suoi titoli, e di sua capacità. Ordinanza del 1667, *ibid.*, *art.* 6.

Coloro che intervengono nel giudizio debbono dichiarare la stessa cosa nella loro domanda d'intervento, e debbono similmente dar copia tanto della loro domanda quanto de' loro titoli e capacità al procuratore di ciascuna delle parti. Ordinanza del 1667, *ibid.*, *art.* 12.

159 Avvi ciò di particolare riguardo a coloro che ottengono il possesso d' un beneficio vacante, che allorquando uno di essi intenta la querela per un beneficio che ha ottenuto dalla corte di Roma come vacante per la pretesa nullità del titolo, o per la pretesa incapacità di colui che ne è in possesso attuale, è obbligato di dare bastante cauzione per rispondere del giudicato sino alla somma di cinquecento lire, nello spazio di tempo che gli verrà prescritto; e mancando di darla nel detto spazio, l' Ordinanza lo dichiara decaduto dal suo diritto, senza che possa essere ammesso a purgare la mora; *ibid.*, *art.* 13.

Questo è il solo caso nel quale si esige da un francese questa specie di cauzione; fuori di questo non vi sono che i forestieri non naturalizzati che siano obbligati a questa cauzione, per istituire qualunque siasi domanda.

160. Allorchè durante il corso della lite una delle parti rassegna il suo diritto puramente, e semplicemente, o in favore di alcuno, il rassegnatario potrà riprendere l' istanza con una semplice domanda verbale, fatta giudizialmente, senza chiamare le parti. Ordinanza del 1667, *ibid.*, *art.* 16. Ma sino a che il rassegnatario abbia ripreso la procedura, essa si continua contro il rassegnante, *art.* 13, senza che il rassegnatario possa essere ammesso a fare opposizione di terzo contro a ciò che fosse giudicato in concorso del rassegnante, come ha benissimo osservato Hericourt; poichè essendo in suo potere di riprendere l' istanza, egli dee incolpare se stesso di non averlo fatto e d' aver lasciato continuare la procedura contro il suo rassegnante.

Il rassegnatario che ha riassunto la istanza, s' incarica di tutto l' evento della lite; per cui se colla sentenza definitiva emessa a vantaggio dell' altra parte, *ha luogo una condanna di restituzione di frutti, spese, danni ed interessi, verrà eseguita contro il rassegnatario, anche pe' frutti scaduti e per le spese fatte prima dell'ammessa rassegnazione*; nondimeno il rassegnante è garante de' frutti, delle spese, e dei danni ed interessi del suo tempo. Ordinanza del 1667, *ibid.*, *art.* 18.

161. Allorchè durante la lite sulla querela tra due parti, quella ch' era in possesso attuale del beneficio muore, l' Ordinanza per impedire che il beneficio resti vacante, permette alla parte superstite d' ottenere a suo profitto il godimento del beneficio in contesa, su d' una semplice domanda all' udienza, riportando la fede di morte della parte defunta, ed i documenti giustificanti la pendenza della lite.

Quando vi è un successore nominato dalla parte defunta, il quale abbia preso possesso del beneficio, il superstite non è più a tempo per chiedere tal godimento. Così è stato giudicato da una decisione del 13 luglio 1707, riportata nel terzo tomo delle decisioni d'Augeard.

Allorchè la lite pendeva tra più di due parti, il godimento non può essere accordato, se non chiamate tutte le parti superstiti.

162. Vi è questa gran differenza tra la querela in materia di beneficj e la querela per cose profane, che in questa non vi è quistione che del solo fatto del possesso; le parti non sono ammesse ad allegare il diritto di proprietà che pretendono avere del fondo, il quale forma l' oggetto della querela, nè a produrre i loro titoli di proprietà; quest' esame è riservato per la lite in petitorio, la quale non può cominciare, se non dopo che sia terminato quello sulla querela.

Al contrario, nella querela in materia di beneficj siccome non si autorizza altro possesso che quello, il quale deriva da un titolo legittimo, le parti debbono produrre i loro titoli ed i documenti giustificanti le qualità che debbono avere, come abbiamo già veduto, n. 157. E sull' esame di questi titoli e di questi documenti, e su le risposte degli avversarj il giudice pronunzia sulla querela, o definitivamente o provvisoriamente.

ARTICOLO VI.

Delle sentenze che intervengono sulla querela.

163. Allorchè la causa è portata all' udienza, dopo fatto l' esame dei

titoli e dei documenti rispettivi delle parti, sembra che una delle parti abbia bastantemente giustificato il diritto che ha sul beneficio, i giudici pronunciano una sentenza definitiva, colla quale le aggiudicano il pieno mantenimento nel possesso del beneficio; e se l' altra parte aveva il possesso attuale del beneficio, essi la condannano a restituirle i frutti.

164. Quando i giudici trovano che la causa non è ancora bastantemente istrutta, e che vi è bisogno d' un più minuto esame per pronunciare la sentenza definitiva, essi aggiudicano alla parte, che sembra avere il diritto più apparente, il godimento, cioè il possesso provvisorio del beneficio durante la lite.

165. Qualche volta essi ordinano il sequestro del beneficio; nel quale caso l'economo de'sequestri della diocesi (il qual è un uffiziale creato con editto del mese di novembre 1691) si mette in possesso, durante la lite, dei beni dipendenti dal beneficio, li regge, ne percipe i frutti e le rendite, coll' obbligo di renderne conto alla parte che lo avrà ottenuto definitivamente.

Riguardo alle funzioni spirituali del beneficio, i giudici, con lo stesso giudizio che ordina il sequestro, rimettono la cosa al vescovo diocesano, acciò egli nomini un terzo per assistente, al quale assegnerà una retribuzione che giudicherà convenevole, di cui egli sarà pagato sulle rendite del beneficio, con privilegio e non ostante tutti i sequestri ed impedimenti. Editto del mese di aprile 1695, *art.* 8.

166. Questi giudizj di godimento, o di sequestro, debbono essere eseguiti prima che siasi proceduto al giudizio definitivo. Ordinanza del 1667, *ibid.*, *art.* 6.

167. È una cosa particolare alle querele sul possesso de' beneficj, che le sentenze di godimento, di sequestro o di mantenimento (pronunciate su queste domande) non sono valide nè esecutorie, se non sono date da molti giudici, almeno nel numero di cinque. Ordinanza del 1667, *ibid.*, *art.* 17.

168. Allorchè i giudici che le hanno pronunziate, erano in numero sufficiente, queste sentenze si eseguiscono nonostante appello; ciò che ha luogo in tutte le querele, anche in materia profana, come abbiamo veduto *supra*.

169. Ci resta da osservare, che allorquando l' istanza di querela sul possesso d' un beneficio, è stata terminata con una sentenza di pieno mantenimento, le parti non possono più, come si pretendeva altre volte, agire in petitorio avanti il giudice ecclesiastico. La giurisprudenza è in oggi costante, che se il giudice ecclesiastico ne prendesse cognizione, vi sarebbe luogo ad appello come d' abuso. La ragione si è, che nelle querele in materia di beneficio, la sentenza di pieno mantenimento, essendo pronunciata dietro l' esame de' rispettivi titoli e delle capacità delle parti, a favore di quello il di cui diritto sia più comprovato, non rimane più nulla da esaminarsi; e non si potrebbe procedere in petitorio, senza rinnovare la stessa quistione che è di già stata giudicata.

Fine del Trattato del Possesso.

INDICE

DELLE MATERIE CONTENUTE

NEL TRATTATO

DEL POSSESSO.

Fine dell' Indice del Trattato del Possesso.

TRATTATO

DELLA PRESCRIZIONE

CHE RISULTA DAL POSSESSO.

ARTICOLO PRELIMINARE.

1. La prescrizione, di cui noi qui trattiamo, ha il solo nome comune con quella che costituì la materia dell' ottavo capitolo della terza parte del nostro *Trattato delle Obbligazioni*. Noi qui trattiamo di quella colla quale una persona acquista col possesso che ha avuto di una cosa, durante il tempo determinato dalla legge, il dominio di proprietà di questa cosa, e la liberazione delle rendite, ipoteche, ed altri pesi reali cui era soggetto. Questo è uno dei principali diritti che il possesso dà ai possessori di buona fede. Questo è pure uno de' modi di acquistare introdotti dal diritto civile, come abbiam veduto nel nostro *Trattato del Dominio di proprietà*, n. 253. Questo modo d' acquistare il dominio chiamavasi nel diritto romano *usucapio*. Modestino definisce l' usucapione, *Adjectio* (1) *dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti*; *l.* 3, *ff. de usurp. et usucap.*

Noi la definiamo: il diritto che ci fa acquistare il dominio di proprietà di una cosa, col possesso pacifico e non interrotto che ne abbiamo avuto pel tempo determinato dalla legge.

2. Secondo l' antico diritto romano, non vi erano che certe cose, chiamate *res mancipi*, che fossero suscettibili del diritto d' usucapione; ed il tempo necessario per l' usucapione di queste cose era di un anno se erano mobili, e di due anni solamente se erano immobili. Ciò era stabilito da uno degli articoli delle leggi delle dodici tavole. *Usus auctoritas* (2) *fundi* (3) *biennium, cœterarum rerum annuus usus est.*

Le cose incorporali, ed anche le cose corporali, che non erano *res mancipi*, nè per conseguenza suscettibili di dominio civile, non erano neppur suscettibili d' usucapione, essendo questa un modo introdotto dal diritto civile, per acquistare il dominio civile.

3. Riguardo alle cose che non erano suscettibili d' usucapione, il pretore aveva stabilita la prescrizione *longi temporis*, per tenerne in qualche modo le veci.

Secondo questo diritto pretorio, il possessor di buona fede, che avea avuto un possesso pacifico e non interrotto, sia di un diritto incorporale,

(1) In questo senso, che il diritto di usucapione *post completum possessionis tempus, rei dominium adjiciat et tribuat possessori qui, ante, ejus possessionem duntaxat habebat.*

(2) Queste parole *usus auctoritas*, significano lo stesso che *usucapio*.

(3) *Fundi*. Questa parola comprende tutte le cose *quae solo tenentur: fundi appellatione omne aedificium et omnis ager continetur*; *l.* 211, *ff. de verb. sign.*

sia d' uno stabile non compreso nel numero di quelli detti *res mancipi*, per dieci anni *inter praesentes*, e per venti *inter absentes*, acquistava, dopo compito un tal tempo, non il dominio della cosa, ma una prescrizione o eccezione d' inammissibilità, ad oggetto di escludere la domanda di rivendicazione spiegata dal proprietario della cosa, il quale l' avesse intentata soltanto dopo trascorso il tempo suddetto.

In seguito, erasi parimenti accordata un' azione utile a questo possessore onde rivendicare la cosa, quando ne avesse perduto il possesso dopo compito il tempo della prescrizione.

4. Giustiniano, colla sua costituzione compresa nella legge unica, Cod. *de usucap. transform.*, ha riunito l' usucapione e la prescrizione *longi temporis*; e dopo aver abolito con questa legge la distinzione fra le cose *mancipi*, e le cose *nec mancipi*, e dopo aver egualmente abolito, colla legge unica Cod. *de nudo jur. quir. tollendo*, la distinzione fra il *dominium civile et quiritarium*, e il *dominium naturale*, ha ordinato che il tempo per l'usucapione dei mobili sarebbe di tre anni, e quello per l' usucapione di tutti gli stabili e terreni al pari che dei diritti incorporali, sarebbe di dieci anni *inter praesentes* e di venti *inter absentes*.

Giustiniano con questa costituzione ha trasformato la prescrizione di dieci e di venti anni in un vero diritto di usucapione; poichè con questa ha fatto acquistare al possessore il dominio di proprietà dello stabile o del diritto incorporale, di cui avea avuto durante il tempo suddetto un possesso o quasi-possesso pacifico e non interrotto.

5. Lo statuto di Parigi e la maggior parte de' nostri Statuti hanno adottato la prescrizione di dieci e di venti anni nella forma a lei data da Giustiniano nelle sue costituzioni, e le hanno conservato il nome di prescrizione, sebbene in oggi avrebbe piuttosto dovuto aver quello di usucapione.

Vi sono però alcuni Statuti, nel numero de' quali è il nostro di Orleans, i quali ammettono per gl' immobili la sola prescrizione di trent' anni.

Noi tratteremo nella prima parte di questo Trattato della prescrizione di dieci e di venti anni, ch' è la principale delle prescrizioni che servono ad acquistare per mezzo del possesso. Tratteremo nella seconda delle altre specie di prescrizioni, che servono ad acquistare per mezzo del possesso.

PARTE PRIMA

DELLA PRESCRIZIONE DI DIECI O DI VENTI ANNI CHE SI ACQUISTA COL MEZZO DEL POSSESSO.

6. Lo Statuto di Parigi, *art.* 113, stabilisce la prescrizione di dieci e di venti anni in questi termini: « Se alcuno, o per se stesso o per mezzo de' suoi predecessori, di cui egli ha i diritti, abbia goduto o posseduto uno stabile o una rendita a giusto titolo, liberamente e senza inquietudine per dieci anni fra presenti, e vent'anni fra assenti, di età maggiore, e non privilegiati, acquista la prescrizione del detto stabile o rendita».

Noi vedremo nel primo capitolo quali siano le cose che sono o non sono suscettibili di questa prescrizione, ed a favore di quali persone e contro quali persone possa decorrere. Nel secondo tratteremo delle qualità che dee avere il possesso, onde produrre questa prescrizione. Tratteremo nel terzo del giusto titolo da cui dee derivare il possesso. Nel quarto del tempo che dee durare il possesso, e dell'unione che un successore può fare del possesso de' suoi autori col suo. Nel quinto dell'effetto della prescrizione.

CAPITOLO PRIMO.

Delle cose che sono suscettibili della prescrizione di dieci o venti anni. A vantaggio di quali persone, o contro quali persone possa decorrere.

ARTICOLO PRIMO.

Delle cose che sono o non sono suscettibili della prescrizione di dieci o di venti anni.

7. La prescrizione di dieci o di venti anni, essendo un diritto d' usucapione ed un modo di acquistare il dominio di proprietà d' una cosa col possesso che ne abbiamo, ne viene di conseguenza, che non possono essere suscettibili di una tal prescrizione quelle cose, che i particolari sono incapaci d' acquistare.

Da ciò segue che tutte le cose che sono fuori di commercio, non possono esser suscettibili di questa prescrizione; ed in questo numero sono le chiese, i cimiteri, le piazze pubbliche, le pubbliche strade, e non solo le grandi dette *viae militares*, o *viae regiae*, ma anche le strade trasversali dette *viae vicinales*. Quindi, se alcuno si fosse impadronito d' una pubblica strada e l' avesse lavorata, ed in seguito me l' avesse venduta come un terreno di cui egli diceasi proprietario, ancorchè io l' abbia acquistata in buona fede, e nell' opinione che questa fosse una cosa a lui appartenente, io non posso però acquistarne con questa prescrizione il dominio di proprietà.

8. La prescrizione di dieci e di venti anni essendo una specie di alienazione della cosa, che l' antico proprietario si reputa far suo malgrado a colui che l' acquista col mezzo della prescrizione, per aver mancato di reclamarla nel tempo prescritto dalla legge, secondo la regola di diritto: *Alienare videtur qui patitur usucapi*, ne viene in conseguenza che tutte le cose, di cui è proibita l' alienazione dalle leggi, non sono suscettibili di questa prescrizione.

Per conseguenza non ne sono suscettibili i beni de' minori. *Non est incognitum id temporis quod in minore aetate trasmissum est, longi temporis praescriptioni non imputari: enim tunc currere incipit, quando ad majorem aetatem dominus rei pervenerit*; *l.* 3, Cod. *quib. non objic. long.*, *etc.*

Lo Statuto di Parigi e la maggior parte degli altri Statuti lo dichiararono formalmente con queste parole, *fra maggiori*.

Oltre alla prima ragione, che noi abbiamo riferita di queste disposizioni, che rendono non suscettibili di prescrizione i beni de' minori sintantochè sono minori, tratta dall' esserne proibita l' alienazione dalle leggi, si può addurne una seconda, ed è che in vano la prescrizione correrebbe durante la minor età, potendo i minori domandare la restituzione in intiero: *in his quae praetermiserunt*; *l.* 8, Cod. *de in int. rest.*, e per conseguenza potendo cercare la restituzione in intiero contro la loro negligenza nell' arrestarne il corso.

9. Gli Statuti avendo detto indistintamente: se alcuno ha goduto e posseduto . . . *fra maggiori*, ne viene di conseguenza, che in questi Statuti non solo il tempo della prescrizione non può cominciare a decorrere contro i minori, ma che anche quando abbia cominciato a decorrere contro un maggiore, che in seguito ha lasciato per erede un minore, cessa di decorrere contro a questo erede durante la sua minore età. Questo è il diritto comune, da cui si sono allontanati gli Statuti del Lodunese, *cap.* 20, *art.* 7, e di Brettagna, *art.* 286, facendo decorrere il tempo della prescrizione contro a' minori provveduti di tutori, allorchè questa aveva cominciato contro ad un maggiore di cui essi sono eredi.

10. Si fece questione, se la disposizione degli Statuti, che non permettono che i beni de' minori siano suscettibili della prescrizione di dieci e di venti anni, si estenda a quelli degl' interdetti. Molti ritengono l' affer-

mativa, perchè vi si riscontra la stessa ragione; le leggi infatti proibiscono egualmente l' alienazione de' beni di questi come l' alienazione de' beni dei minori.

11. Per la stessa ragione, il fondo dotale non è suscettibile di questa prescrizione.

12. Per la stessa ragione, non ne sono suscettibili i beni della chiesa e delle comuni; essi sono però suscettibili di un' altra specie di prescrizione di 40 anni, di cui tratteremo nella seconda parte.

13. Quando la chiesa e un particolare, o quando un minore ed un maggiore sono proprietarj in comune d' uno stabile che un terzo possiede in buona fede ed in virtù di un giusto titolo, lo stabile non è suscettibile di questa prescrizione per la sola parte che appartiene alla chiesa o al minore. Quindi il possessore può con questa prescrizione acquistare la parte che appartiene al particolare comproprietario della chiesa, o al maggiore comproprietario del minore. Lo Statuto del Borbonese, *cap.* 3, *art.* 2, ha su di ciò un' espressa disposizione.

Nulladimeno se la cosa, di cui un maggiore ed un minore, o la chiesa ed un particolare sono comproprietarj, sia indivisibile, essa non sarà soggetta alla prescrizione, poichè non essendo suscettibile di parti, non può esservi in parte soggetta; *Borbonese, ibid.* Queste disposizioni dello Statuto del Borbonese sono conformi al diritto comune ed al principio generale, che nelle sole cose indivisibili il minore giova al maggiore.

14. I beni del patrimonio della corona non sono soggetti nè a questa, nè a verun' altra prescrizione.

I beni dati in pegno dal patrimonio regio sono in commercio, riguardo al diritto accordato a colui al quale si sono obbligati per causa dell' obbligazione; ed in quanto a questo diritto sono suscettibili della prescrizione di dieci e venti anni; ma il diritto di dominio diretto, che il re vi si è riservato, non può acquistarsi colla prescrizione, qualunque sia il tempo che i possessori gli abbiano posseduti in buona fede, come beni ordinarj e non dipendenti dalla corona.

Il principio che i beni del regio patrimonio non sono suscettibili d' alcuna prescrizione; non deve estendersi ai beni che sono devoluti al dominio, *puta* per diritto d'albinaggio, per successione ne' beni de' bastardi, per mancanza d' eredi o per confisca, e dei quali il patrimonio non si è ancora messo in possesso. Questi beni non si riguardano ancora come beni posti fuori di commercio, e di cui sia proibita l' alienazione, e quindi sono suscettibili della prescrizione di dieci e di venti anni. Si può infatti trarre argomento da ciò che dice Modestino: *Quamvis adversus fiscum usucapio non procedat, tamen ex bonis vacantibus, nondum tamen nuntiatis emptor praedii ex iisdem bonis si extiterit, recte diutina possessione capiet; idque constitutum est; l.* 18, *ff. de usurp. et usucap.*

15. La legge *Julia* e la legge *Plautia* escludevano dall' usucapione e da questa prescrizione, anche gli stabili di cui alcuno si fosse impadronito con violenza, sino a che questo vizio fosse stato tolto col ristabilimento dello spogliato nel suo possesso; quindi un terzo, il quale prima che fosse tolto un tal vizio, avesse comperato lo stabile in buona fede ignorando tal vizio, non poteva acquistarne la proprietà nè coll' usucapione; nè colla prescrizione. Vedansi le nostre Pandette al titolo *de usucap.*, *n.* 25 *e seg.* Lo stesso si osservava per la legge *Julia repetundarum* riguardo alle cose affette del vizio di concussione; *l.* 8, *in princ. e* § 1, ff. *ad l. Jul. repetund.*

Non sembra che le disposizioni di queste leggi, che comprendono un diritto puramente arbitrario, siano state adottate nella nostra giurisprudenza.

16. Eccettuati i beni di cui le leggi proibiscono l' alienazione, tutti gli altri beni immobili sono suscettibili di questa prescrizione di dieci e di venti anni; e non solo gl' immobili reali, come sono i terreni e le case, ma eziandio le cose incorporali. La ragione di dubitare riguardo a queste ultime, è che, il possesso consistendo in una corporale occupazione della cosa, le cose incorporali, *quae tangi non possunt*, e che non cadono sotto i sensi, non sono suscettibili di

possesso, nè per conseguenza di questa prescrizione, che ce ne fa acquistare la proprietà per mezzo dell' avutone possesso.

Nulladimeno, siccome queste cose non sono suscettibili di un vero possesso, lo sono però di un quasi-possesso che consiste nel godimento che se ne è avuto, così si son riguardate come suscettibili della prescrizione di dieci e venti anni, la quale ne fa acquistare la proprietà col godimento avutone pel tempo suddetto.

Lo Statuto di Parigi si è su di ciò formalmente spiegato nell' articolo surriferito, nel quale si dice: se alcuno ha goduto e posseduto uno stabile, o una *rendita*. Lo che s'intende tanto delle rendite costituite, quanto delle reali, e si estende anche agli altri diritti e cose corporali.

17. Ci resta da osservare che le cose suscettibili di questa prescrizione lo sono pel totale, quando il possessore le ha acquistate o possedute pel totale, o per una certa parte divisa o indivisa, quando le ha acquistate e possedute per questa parte; ma non si può nè possedere nè acquistare con questa prescrizione una porzione incerta di una cosa: *Incertam partem possidere nemo potest*; *l.* 32, § 2, *ff. de usurp. et usucap*. *Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest; et certa pars pro indiviso, quae introducitur ex emptione, vel ex donatione, vel qualibet alia ex causa. Incerta autem pars nec tradi nec capi potest, veluti si ita tibi tradam quidquid mei juris in fundo est, nam qui ignorat, nec tradere, nec accipere id quod incertum est, potest*; *l.* 26, *ff. de acquir. possess.*

ARTICOLO II.

A vantaggio di quali persone possa decorrere il tempo della prescrizione, e quali persone possono acquistare per mezzo di questa prescrizione.

18. La prescrizione essendo, secondo la definizione da noi data, l'acquisto del dominio di proprietà d' una cosa, col possesso avutone pel tempo determinato dalla legge, ne viene di conseguenza che il tempo della prescrizione può decorrere soltanto a favore di coloro che la posseggono.

Acciocchè decorra il tempo della prescrizione d'una cosa a favore di una persona, nulla importa che questa la possegga per se stessa, o per mezzo d' altri che la tengono per lei ed in suo nome.

Egualmente non è necessario che la persona, a di cui vantaggio decorre il tempo della prescrizione, abbia per tutto il tempo stesso una positiva volontà di possedere. Quando una persona ha acquistato una volta il possesso di una cosa, basta che la volontà, ch' essa ha avuto di possederla, non sia stata rivocata, perchè si reputi che ne conservi sempre il possesso, come abbiamo osservato *supra, Trattato del Possesso*, n. 55 e 56, e in conseguenza perchè il tempo per la prescrizione di questa cosa continui a decorrere a suo vantaggio.

Conformemente a questi principj Paolo decide, che quando un uomo dopo d' aver acquistato il possesso di una cosa perde l' uso della ragione, o diventa per conseguenza incapace d' una volontà positiva di possederla, il tempo per la prescrizione di questa cosa non cessa di decorrere e di compirsi a suo vantaggio: *Furiosus quod ante furorem possidere coepit, usucapit*; *l.* 4, § 3, *ff. de usurp. et usucap.*

19. Per la stessa ragione il tempo per la prescrizione di una cosa, che è cominciato a decorrere a vantaggio d' una persona, continua a decorrere, e può anche compirsi a vantaggio del suo erede, o, in mancanza d' erede, a vantaggio della sua eredità vacante; poichè una eredità vacante si reputa esser la continuazione della persona del defunto e continuare a possedere ciò che il defunto possedeva. Infatti conformemente a questi principj Nerazio dice: *Coeptam usucapionem a defuncto, posse et ante aditam haereditatem, impleri, constitutum est*; *l.* 40, *ff. d. tit.*

La massima del nostro diritto francese, *il morto impossessa il vivo*, aggiunge una ragione di più in favore di questa decisione.

20. Acciocchè il tempo necessario

per la prescrizione di una cosa decorra a favore di alcuno, non basta ch' egli possegga, ma bisogna ancora che sia capace di acquistare per mezzo della prescrizione.

Secondo il diritto romano i soli cittadini erano di ciò capaci; gli stranieri essendo esclusi da tal diritto per quest' articolo delle leggi delle dodici tavole: ***Adversus hostem*** (1) ***aeterna auctoritas esto*** (1).

Qualunque fosse il tempo nel quale uno straniero avesse posseduto una cosa, egli non potea acquistare colla prescrizione il dominio di proprietà, ed il proprietario era sempre ammissibile a rivendicarla giustificando il suo diritto di proprietà. La ragione si è che gli stranieri hanno bensì coi cittadini ***communionem juris gentium***, ma non hanno ***communionem juris civilis***; quindi i cittadini possono rimanere verso di loro obbligati pe' contratti che sono del diritto delle genti; essi possono acquistare i beni de' cittadini co' modi d'acquistare introdotti dal diritto delle genti, ma sono incapaci di acquistare coi modi introdotti dal diritto civile. Per questa ragione essi sono incapaci di raccogliere ciò che a loro è lasciato per testamento, e di raccogliere le successioni, essendo le successioni ed i testamenti modi di acquistare introdotti dal diritto civile: per la stessa ragione gli stranieri sono incapaci d' acquistare col mezzo della prescrizione o dell' usucapione, essendo questa una maniera d' acquistare introdotta dal diritto civile, e stabilita soltanto pe' cittadini.

Sembra che queste ragioni debbansi applicare anche nel nostro diritto francese, onde escludere dal diritto di acquistare per mezzo della prescrizione gli stranieri non naturalizzati, ed impedire che il tempo della prescrizione decorra a loro vantaggio, sinchè non abbiano ottenuto i diritti di cittadino, mediante lettere di naturalizzazione.

21. Molineo, ***in Cons. Par. art.*** 12, conta fra quelli che non possono acquistare con questa prescrizione le cose da loro possedute, sebbene le posseggano in virtù di un giusto titolo ed in buona fede, colui che è il signore feudale dello stabile posseduto, e colui che è vassallo della signoria che possiede.

Per esempio, se io avessi comprato uno stabile dipendente da me come feudo, da Pietro che ne era in possesso, e ch' io ne credevo proprietario, sebbene il vero proprietario fosse Giacomo, Molineo pretende che sebbene io possegga questo stabile in virtù d' un giusto titolo ed in buona fede, pure non ne posso acquistare la proprietà colla prescrizione di dieci e venti anni, nè per qualunque altro spazio di tempo, anzi egli aggiunge che quand' anche Pietro, da cui io ho comprato lo stabile, fosse stato egli stesso possessore di buona fede, ed avesse cominciato il corso della prescrizione, io non potrei continuarlo, perchè lo Statuto dice: ***Il signore del feudo non può prescrivere contro al suo vassallo***; e Giacomo, proprietario dello stabile, essendo in questa qualità mio vassallo, io non posso prescriverlo contro di lui. La ragione di una tal disposizione, secondo questo autore, si desume dalla protezione e dalla fedeltà che un signore ed un vassallo si debbono reciprocamente, ***propter summam ac sinceram fidem quae servari debet inter patronum et clientem***, la quale rigetta ogni prescrizione fra queste persone, ***quae quum sit***, egli dice, ***usurpatio alieni, repugnat huic fidelitati quae est peculiaris est substantialis feudo***. Quest'opinione di Molineo non fu seguita, e prevalse che questo assioma dello Statuto, ***il signore non può prescrivere contro al suo vassallo***, debba essere inteso nel senso che il signore non può acquistare mediante prescrizione la proprietà del feudo del suo vassallo, col

(1) Questa parola *hostem*, non deve intendersi per *inimico*, ma solamente per *straniero*, come c' insegna Cicerone, l. 1, Officiis: *Hostias opud majores nostros, is dicebatur quem nunc* peregrinum *dicimus*; *indicant XII Tabulae. . . . . adversus hostem aeterna auctoritas estas*. La parola che significa *nemico*, era quella di *perduellis*, come osserva Gajo sulla legge delle Dodici Tavole: *Quos nos hostes appellamus, eos veteres* perduelles *appellabant, per eam adjectionem in licantes cum quibus bellum esset*; *l.* 234. ff. *de verb. signif.*

(2) *Auctoritas* è qui preso pel diritto di rivendicare la cosa.

possesso avutone nella sua qualità di signore in virtù d' un sequestro feudale; perchè essendo un titolo con cui il signore possiede il fondo sequestrato, non come una cosa che gli appartenga per sempre, ma come una cosa che solo gli appartiene sintantochè il vassallo si presenti al giuramento di fedeltà, al quale dev'essere ricevuto ogni qual volta si presenterà, è un titolo che reclama perpetuamente contro alla prescrizione.

In una parola lo Statuto non vuole dir altro, se non che il signore non può prescrivere il feudo del suo vassallo coll' avutone possesso nella qualità di signore in virtù di sequestro feudale; ma non vuol dire, come avea supposto Molineo, che il signore non possa prescrivere il feudo del suo vassallo, neppur quando lo possedesse in virtù d' un titolo affatto estraneo alla sua qualità di signore, come sarebbe appunto una vendita a lui fatta da una persona ch' egli credeva possederlo, e che ne credea proprietario, sebbene nol fosse. Sembra che in tempo della riforma dello Statuto di Parigi, questa interpretazione avesse prevalso; e quindi acciocchè non si prendesse abbaglio sul senso di queste parole *il signore non può prescrivere contro il suo vassallo*, ed acciocchè non si desse loro l'estensione che Molineo vi avea data, si credette opportuno di spiegarle coll' art. 12 del nuovo Statuto così concepito: « Il signore del feudo non può prescrivere contro al suo vassallo il feudo sequestrato o messo nelle sue mani per mancanza d' uomini abili alle armi, o per omaggio non prestato, o per non aver dato l' inventario de' suoi beni ».

È sorprendente che nonostante questa spiegazione data dallo Statuto alle parole, *il signore non può prescrivere contro il suo vassallo*, il sig. Guyot nel suo *Trattato de' feudi* sostenga, che si debba ancora intenderle nel senso loro dato da Molineo. Le ragioni da esso addotte a sostegno della sua opinione sono debolissime, ed egli stesso confessa, che è contraria a quella di tutti gli altri autori; quindi deesi ritenere come principio costante, che colui che ha comperato o acquistato a qualunque altro titolo uno stabile da taluno, che credea esserne il proprietario, sebbene nol fosse, può acquistarne la proprietà mediante questa prescrizione di dieci o venti anni, sebbene dipenda da lui come feudo; e che la sua qualità di signore, non si oppone ad una tal prescrizione, non avendo egli posseduto lo stabile in questa qualità di signore, ma in virtù di un titolo estraneo ad una tal qualità.

Vice versa: colui che ha comprato o acquistato a qualunque altro titolo una signoria, da taluno ch' egli in buona fede credea esserne proprietario, ancorchè non lo fosse, può acquistarne la proprietà con questa prescrizione di dieci o di venti anni, sebbene sia vassallo di questa signoria: poichè egli non ha prescritto nella sua qualità di vassallo, ma per un titolo estraneo ad una tal qualità.

ARTICOLO III.

Contro quali persone possa decorrere il tempo della prescrizione.

22. Il tempo per prescrivere una cosa non può decorrere contro il proprietario di essa, sinchè trovasi nella impossibilità d' intentare la sua azione per rivendicarla, giusta la massima: *Contra non valentem agere nulla currit praescriptio*

Da ciò segue, che negli Statuti del Lodunese e di Brettagna, che fan decorrere la prescrizione contro i minori, quando si era cominciata contro un maggiore di cui sono eredi, non decorre però contro questi minori, se non quando sono provveduti di tutori; perchè questi minori sono nell'impossibilità di arrestarla, sinchè non hanno un tutore che possa istituire per essi l' azione di rivendicazione. Lo Statuto di Brettagna si è spiegato su tal punto nell' articolo su citato, n. 9, in cui dice: *Le prescrizioni cominciate co' maggiori corrono contro....i minori, ed insensati provveduti di tutori, curatori*, ec.

Da ciò segue egualmente, che anche secondo il sistema di coloro i quali pensano, che i beni degli insensati e di altre simili persone siano suscettibili di una tale prescrizione, non ne decorre però il tempo sinchè queste persone sono destitute di curatore.

23. Ne segue parimenti che il tempo della prescrizione non decorre contro il proprietario, sinchè trovasi assente pel servizio dello stato, se non avvi persona che sia incaricata de' suoi affari.

Quand' anche il proprietario non si fosse reso assente per servizio dello Stato, ma per qualche altra giusta causa, che l' avesse obbligato a partire senza lasciargli il tempo d' incaricare qualche persona de' suoi affari; o se la persona ch'egli ne avea incaricata partendo, avesse cessato di averne cura, sia perchè fosse defunta, sia per altra ragione, il tempo della prescrizione non dee decorrere contro di lui: *Quam (præscriptionem) contra absentes, vel reipublicæ causa, vel maxime fortuito casu, nequaquam valere decernimus*; *l.* 4, *Cod. quib. non obj. long. temp.*

Lo stesso dee dirsi generalmente riguardo a tutte le altre giuste cause che impediscono al proprietario di intentar la sua azione: il tempo della prescrizione non decorre, sinchè lo impedimento sussiste.

24. Riguardo a questi assenti ed altri, si osservi una differenza che esiste fra il diritto romano ed il nostro. Secondo il diritto romano col soccorso della restituzione soltanto il proprietario otteneva che quel tempo, che aveva durato la sua assenza, o qualche altro impedimento, venisse sottratto da quello della prescrizione. L. 7. *Cod. quib. non obj*; mentre invece secondo il nostro diritto francese l' assenza *reipublicæ causa*, o altro impedimento, sintanto che dura, arresta *ipso jure* ed impedisce il corso della prescrizione, al pari della minore età, senza bisogno di restituzione alcuna.

25. Dal principio, *contra non valentem agere non currit præscriptio*, ne segue pur anche, che quando un uomo ha venduto lo stabile proprio di sua moglie ad alcuno che l' abbia comprato in buona fede, credendo che il venditore ne fosse il proprietario, il tempo della prescrizione di questo stabile non decorre, durante il matrimonio, contro la moglie che ne è la proprietaria vera; infatti si reputa che la potestà che il marito ha sopra di lei durante il matrimonio, le abbia impedito d' intentare una domanda di rivendicazione contro il possessore, la quale sarebbe venuta a ricadere sul marito stesso come garante delle evizioni: varii Statuti hanno su di ciò delle espresse disposizioni, come quelli di Angiò, del Manese, ec.

CAPITOLO II.

Delle qualità che dee avere il possesso per produrre la prescrizione.

26. Il possesso, onde produrre la prescrizione, e far acquistare al possessore il dominio di proprietà della cosa, ch' egli ha posseduta durante il tempo stabilito dalla legge, dee essere un possesso civile e di buona fede, che proceda da un giusto titolo, e che sia stato pubblico, pacifico, e non interrotto.

ARTICOLO PRIMO.

Il possesso deve essere un possesso civile e di buona fede.

27. Sebbene noi abbiamo definito la prescrizione, *supra*, *n.* 1, l' acquisto che noi facciamo del dominio di proprietà di una cosa col possesso che ne abbiamo avuto, non bisogna però concluderne che ogni possesso, e neppure che ogni possesso derivante da un giusto titolo, possa produrre la prescrizione: *Separata est causa possessionis, et usucapionis*, dice Paolo, *nam vere dicitur quis emisse, sed mala fide; quemadmodum qui sciens alienam rem emit, pro emptore possidet, licet usu non capiat*; *l.* 2, § 1, *ff. pro empt.*

Il possesso per poter produrre la prescrizione, dee esser civile e di buona fede.

Chiamasi possesso civile, il possesso di colui che possiede *animo domini*, cioè riputandosi proprietario. Il pos-

sesso di coloro che posseggono una cosa *tamquam alienam*, come per esempio quello di un custode di cose sequestrate, e quello de' creditori a cui un debitore ha ceduto uno stabile, acciocchè ne godano sinchè siano intieramente pagati de' loro crediti colle rendite di esso, è un possesso naturale che non può produrre la prescrizione.

28. La buona fede che dee accompagnare il possesso per produrre la prescrizione, può definirsi la giusta opinione in cui è il possessore di avere acquistato il dominio di proprietà della cosa ch' egli possiede: *justa opinio quæsiti dominii*.

Questa opinione, sebbene fondata sopra un errore di fatto, non lascia d' essere una opinione giusta e di dare al possesso il carattere di buona fede.

Per esempio, allorchè taluno mi ha venduto, come appartenente a lui, uno stabile di cui era in possesso, e che non gli apparteneva, l' opinione in cui io era, ch' egli ne fosse il proprietario, e che me ne abbia trasferito la proprietà, sebbene fondata su di un errore di fatto, è un opinione giusta, che mi rende possessore di buona fede. L' errore di fatto in cui io era è scusabile, avendo un giusto motivo di credere, che fosse proprietario della cosa colui che ne era in possesso; essendo appunto un degli effetti del possesso quello di far riputare il possessore proprietario della cosa ch' ei possiede. Quindi Paolo dice: *Qui a quolibet rem emit, quam putat ipsius esse, bona fide emit*; *l.* 27, ff. *de contrah. empt*.

29. Ma la cosa è altrimenti riguardo all' errore di diritto. L' opinione in cui io sono, che mi sia stata trasferita la proprietà di uno stabile, se è fondata sopra un errore di diritto, non è una giusta opinione, e non costituisce per conseguenza la specie di buona fede richiesta per dare al mio possesso il carattere di buona fede necessario per la prescrizione. Paolo ne fa una massima di diritto: *Numquam in usucapionibus juris error possessori prodest*; *l.* 31, ff. *de usurp. et usucap*.

Si può addurre per esempio il caso in cui un vostro procuratore, a cui avete data una procura per amministrare i vostri beni, credendo per error di diritto che questa procura gli desse la facoltà di vendere i vostri stabili, ne avesse venduto uno ad un acquirente che trovavasi nello stesso errore; un tale acquirente non potrà acquistare lo stabile in forza della prescrizione, poichè l' opinione, in cui egli era, che gli fosse stata trasferita la proprietà dello stabile, essendo fondata sopra un errore di diritto, non è un' opinione giusta, e non costituisce per conseguenza la specie di buona fede richiesta per la prescrizione.

30. La buona fede richiesta per la prescrizione essendo la giusta opinione, in cui trovasi il possessore, di aver acquistata la proprietà della cosa da lui posseduta, ne viene di conseguenza che se il mio procuratore abbia acquistato per me uno stabile, e ne sia stato messo in possesso per me ed in mio nome, sebbene in tal caso io possegga per mezzo suo lo stabile, anche prima di essere stato informato dell' acquisto, pure non può cominciar a decorrere il tempo della prescrizione in mio favore, prima che io abbia avuto cogniaione di un tale acquisto; imperciocchè io non posso aver l' opinione di esser padrone di uno stabile, prima di sapere che ne fu fatto per me l' acquisto. Così insegna Paolo: *Si emptam rem mihi procurator, ignorante me, meo nomine apprehenderit; quamvis possideam, eam non usucapiam*; *l.* 47, ff. *de usurp. et usucap*.

31. Quando taluno, ancorchè per errore, sia nell' opinione che l' acquisto da lui fatto di una cosa non gli è permesso dalle leggi, non potendo in questo caso esser nell' opinione di averne acquistata la proprietà, opinione in cui consiste la buona fede, non potrà acquistarla col mezzo dell' usucapione o della prescrizione: *Si quis id quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere: dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen usucapionem*; *l.* 32, § 1, ff. *d. tit*.

Per esempio di questa decisione, si può addurre il caso seguente. Pietro dimorante a Parigi, durante il suo

matrimonio, fece donazione a sua moglie, colla quale era separato di beni, d'uno stabile ch'egli possedeva in buona fede, e che apparteneva a Giacomo, situato sotto lo Statuto di Noyon, il quale permette le donazioni tra vivi fra marito e moglie durante il matrimonio: qualche tempo dopo Giacomo intenta contro questa donna una domanda in rivendicazione di questo stabile; essa oppone di averlo acquistato per prescrizione avendolo posseduto essa stessa ed il suo autore, durante il tempo richiesto per la prescrizione appoggiata ad un giusto titolo; Giacomo replica che la donna non ha potuto acquistare lo stabile per prescrizione, poichè essa non ha avuto la buona fede richiestavi, avendo creduto, sebbene per errore, che la donazione a lei fatta da suo marito era nulla, e non aveva potuto trasferirle la proprietà dello stabile; e, per giustificare che la donna era in questa opinione, produce una lettera scritta dalla donna ad uno de' suoi amici, la quale dice: *Sebbene la donazione fattami da mio marito non sia permessa dallo Statuto, io mi lusingo ch' essa starà ferma, conoscendo abbastanza i sentimenti di suo nipote che dee succedergli, ond' esser sicura ch' egli rispetterà la volontà di suo zio.* Secondo la legge da noi riportata, si dee decidere in questo caso, che la donna non ha avuta la buona fede richiesta per la prescrizione, e non ha potuto per conseguenza acquistare in virtù di tale prescrizione.

32. In una provincia regolata dal diritto scritto, un figlio di famiglia, che avea un peculio profettizio, ha comprato con tal peculio uno stabile dopo la morte di suo padre, ch' egli però credeva vivente; si domanda se debba riputarsi ch' egli abbia avuto la buona fede necessaria per acquistarlo col mezzo della prescrizione? La ragione di dubitare è che, avendo egli creduto vivente suo padre, non ha potuto credere di aver acquistato egli stesso la proprietà di questo stabile, ma piuttosto di averla acquistata pel padre. Ciò non ostante Papiniano decide doversi riputare, che in questo caso il figlio abbia avuto la buona fede richiesta per la prescrizione, perchè il padre ed il figlio essendo come una stessa persona, si dee ritenere che il figlio in certa guisa abbia creduto di acquistare per sè ciò che presumeva di acquistare per suo padre: *Filius familias emptor alienae rei, quum patrem familias se factum ignoret, coepit rem sibi traditam possidere; cur non capiat usu, quum bona fides initio possessionis adsit, quamvis eum se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa peculiari quaesitam possidere possit*; *l.* 44, § 5, *ff. d. tit.*

33. Quando il compratore di uno stabile conosce che questo non appartiene per una certa parte divisa o indivisa al suo venditore, resta possessore di mala fede soltanto per questa parte; ma possiede di buona fede il di più, e può acquistarlo col mezzo della prescrizione. Ma quando il compratore sa solamente in generale, che lo stabile non appartiene nel totale al suo venditore, senza sapere per qual parte non gli appartenga, non potendo in questo caso il compratore aver l' opinione, che una data parte dello stabile appartenga al venditore, e che questi gliene abbia trasferita la proprietà, non è possessore di buona fede di veruna parte di questo stabile, e quindi nulla può acquistare per mezzo della prescrizione. Ciò fu assai giustamente osservato da Giavoleno: *Emptor fundi partem ejus alienam esse non* (1) *ignoraverat. Responsum est nihil eum ex eo fundo longa possessione capturum. Quod ita verum esse existimo, si quae pars aliena esset in eo fundo, emptor ignoraverit: quod si certum locum esse sciret reliquam partes longa possessione capi posse non dubito*; *l.* 4, *ff. pro empt. Idem juris est si is, qui totum fundum emebat, pro indiviso partem aliquam alienam esse scit; eam enim dumtaxat non capiet; caeterarum partium non impeditur longa possessione capio*; *d. l.* 4, § 1.

34. Secondo il diritto romano bastava che il possessore avesse avuto al principio del suo possesso la buona fede

(1) Cujacio legge così il testo, in vece di *alienam non esse ignoraverat.*

richiesta per la prescrizione; la cognizione che posteriormente acquistasse che la cosa non gli apparteneva, non impediva che il tempo della prescrizione continuasse a decorrere a suo vantaggio, e gli facesse acquistare la cosa, qualora fosse compito: *Si eo tempore, quo res mihi traditur, putem vendentis esse, deinde cognovero alienam esse, perseverat per longum tempus capio; l.* 48, § 1, *ff. de acq. rer. dom.*

Noi nel nostro diritto francese abbiamo abbandonato su questo punto il diritto romano, ed abbiamo abbracciato la disposizione del diritto canonico, il quale esige la buona fede durante tutto il tempo richiesto per la prescrizione.

Questa disposizione del diritto canonico è del tutto conforme all' equità: il possessore, venendo a conoscere, prima d' avere compito il tempo della prescrizione, che la cosa che egli aveva cominciato in buona fede a prescrivere, non gli appartiene, contrae un' obbligazione di renderla, che nasce dal precetto della legge naturale, che proibisce di ritenere la cosa altrui. Questa obbligazione una volta contratta, dura per sempre, sino a che non sia stata soddisfatta, e resiste alla prescrizione; quindi passa agli eredi di questo possessore, ed impedisce loro egualmente di prescrivere.

35. Ciò che diciamo intorno alla necessità, che la buona fede duri per tutto il tempo del possesso, dee intendersi di uno stesso possesso; ma se io ho cominciato a possedere di mala fede uno stabile appartenente a Giacomo, e da me usurpato a Pietro che ne era il possessore, e che per evitare una domanda di rivendicazione che Pietro era in procinto d' intentar contro di me, io abbia comprato lo stabile da Pietro, il mio possesso derivante dalla vendita che Pietro mi ha fatto, essendo un nuovo possesso, sebbene succeda immediatamente e senza intervallo al possesso di mala fede ch' io aveva da prima, basta che in tempo della vendita fattami da Pietro, abbia creduto in buona fede che questi ne fosse il vero proprietario, e che una tal buona fede sia in seguito sempre durata, acciocchè io possa con questo nuovo possesso cominciare e compire il tempo della prescrizione contro Giacomo che ne è il vero proprietario, senza che il mio primitivo possesso di mala fede possa apportarvi ostacolo alcuno.

36. Ci resta da osservare, riguardo alla buona fede, ch' essa si presume nel possessore che possiede in virtù d' un giusto titolo, sinchè non è provato il contrario.

ARTICOLO II.

Il possesso per produrre la prescrizione, dev' essere pubblico.

37. Il possesso che ci fa acquistare per diritto di prescrizione il dominio di proprietà di uno stabile, dev' esser pubblico. Alcuni Statuti hanno su di ciò delle espresse disposizioni; quello d' Etampes, *art.* 63, dice: *Quando alcuno ha goduto di uno stabile pienamente, pacificamente,* PUBBLICAMENTE, *ne acquista la prescrizione.* Quello di Melun, *art.* 170, dice: *Quando alcuno ha goduto. . . . . sotto gli occhi e con saputa di tutti coloro che l'hanno voluto* VEDERE E SAPERE.

Quindi se alcuno per ingrandire le sue cantine ne abbia scavata una sotto il terreno della casa vicina e l'abbia unita alle sue, senza che il vicino se ne sia accorto, ed abbia dipoi venduto la sua casa come si trovava, sebbene l' acquirente abbia posseduto in buona fede la cantina scavata sotto alla casa vicina, non potrà acquistarla per mezzo della prescrizione, non essendo questo un possesso pubblico. Lo Statuto di Orleans, art. 253, parla di questo caso dicendo, che *scavamento sotto terra segretamente. . . non attribuisce per qualunque siasi spazio di tempo il diritto di possesso a colui che avrà fatto la suddetta intrapresa.* Bisogna aggiungere, *nè a' suoi successori,* anche a titolo particolare, non essendo pubblico il possesso ch' essi ne hanno.

ARTICOLO III.

Il possesso dev' essere pacifico e non interrotto.

38. Acciocchè il possesso di dieci o venti anni faccia acquistare col mez-

zo della prescrizione il dominio di proprietà dello stabile posseduto durante questo tempo, bisogna che per tutto questo tempo non sia stato interrotto. Ciò risulta dalla definizione che noi abbiamo riportata *supra*; l. 1, *Adjectio dominii per continuationem possessionis etc.*

Vi sono due specie d'interruzioni, cioè l'interruzione naturale e l' interruzione civile.

§ 1. *Dell' interruzione naturale.*

39. Avvi interruzione naturale nel possesso di una cosa, quando colui che la possedeva ha cessato di possederla per qualche tempo.

Quest' interruzione naturale che arresta il corso dell' usucapione è ciò che i giureconsulti romani chiamano *usurpatio. Usurpatio est usucapionis interruptio*; *l.* 2, ff *de usurp. et usucap.* Per esempio, se dopo aver posseduto di buona fede, ed in virtù di un giusto titolo, uno stabile che non m'apparteneva, durante sei anni, il mio vicino se ne è impadronito e lo ha posseduto per un anno ed un giorno, ancorchè io con un' azione di rivendicazione abbia fatto condannare questo vicino a rilasciarmelo, e dopo il rilascio da colui fattomene, l'abbia posseduto ancora per quattro o cinque anni, io non l' avrò acquistato colla prescrizione di dieci anni; poichè il possesso che ho avuto per sei anni, essendo stato interrotto, non può più servirmi per la prescrizione, ed io posso contare il possesso solamente dall' istante in cui ho cominciato di nuovo a possederlo dopo il rilascio fattomene dal vicino che se n' era impadronito.

40. Il possesso è interrotto non solo quando il possessore l' ha perduto per negligenza o per sua colpa, ma anche quando gli è stato tolto con violenza. *Naturaliter interrumpitur possessio, quum quis de possessione vi dejicitur, vel alicui res eripitur*; *l.* 5, ff. *de usurp. et usucap.*

Nulla importa che il possessore sia stato privato del possesso dal padrone della cosa o da qualunque siasi altra persona, come pure che il titolo del suo possesso fosse lucrativo o oneroso: *Nec eo casu quicquam interest, is, qui usurpaverit* (1) *dominus sit, nec ne*; *d. l. Ne illud quidem interest pro* (2) *suo quisque possideat, an ex lucrativa causa.*

La legge 27 ff. *de acq poss.* in cui si dice: *Qui vi dejectus est perinde habendus est ac si possideret*, non è contraria, poichè ciò ha luogo soltanto in faccia allo spogliatore.

Alcuni autori pensano che questa disposizione del diritto romano non debba esser adottata nel nostro, e che non si debba riguardare come interrotto il possesso di colui che ne fu privato con violenza, quando vi è rimesso nell' anno.

41. Il possesso ch' io aveva di uno stabile è interrotto, ed io cesso di possederlo quando l' ho affittato al proprietario, e ne l' ho messo in possesso; poichè non si può riputare che questo proprietario lo ritenga per me ed in mio nome in qualità di fittajuolo, non potendo alcuno tener in affitto la sua propria cosa, come ci insegna Giavoleno. *Ei a quo fundum pro haerede diutius possidendo capturus eram, locavi eum: an nullius momenti eam locationem existimes quaero? Quod si nullius momenti existimes, an durare nihilominus usucapionem ejus fundi putes? .. Respondit: Si is qui pro hærede domum possidebat, domino eam locavit, nullius momenti locatio est, quia dominus rem suam conduxisset: sequitur ergo, ut ne possessionem quidem locator retinuerit; ideoque longi temporis praescriptio non durabit*; *l.* 21, ff. *de usurp. et usucap.*

Lo stesso accade quand' io ne ho messo il proprietario in possesso a titolo di pegno, di deposito, di prestito, o di precario; poichè il padrone di una cosa non può ritenerla in pegno, nè esserne depositario, nè possessore a titolo di precario; come non può essere conduttore: *Neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emptio, neque locatio*

(1) *Id est, interruperit possessionem eum dejiciendo.*

(2) *Id est*, secondo la glossa, *pro sua pecunia, seu ex onerosa causa*; altrove queste parole si prendono in un altro senso.

rei suae consistere potest; *l.* 45, ff. *de reg. jur.*

42. Se quando io ho stipulato con voi l' affitto di una cosa che possedeva in virtù di un giusto titolo; o quando ve l' ho data in deposito, a prestito, o in pegno, voi non ne eravate ancora padrone, ma siete in seguito divenuto l' unico erede del padrone di essa, dall' istante che voi ne siete divenuto proprietario, si reputa che io abbia cessato di possederla; perchè dal momento che voi ne siete padrone, non siete più una persona, per mezzo della quale si possa riputare ch' io ne ritenga il possesso. Così insegna Giuliano: *Si rem alienam bona fide emeris, et mihi pignori dederis, ac precario rogaveris, deinde me dominus haeredem instituerit, desinit pignus esse: et sola precarii rogatio supererit; idcirco usucapio tua interpellabitur*; *l.* 29, ff. *de pign. act.* Da che io sono rivenuto proprietario della cosa, non si può più riputare che voi la possediate per mezzo mio, e che io la tenga da voi a titolo di pegno; non potendo un padrone avere in pegno la sua propria cosa, vi resta soltanto un possesso precario che voi avete avuto da me; ma è evidente che non si può prescrivere contro un proprietario con un possesso che si è avuto precariamente da lui.

43. Non avvi dubbio che quando il possessore d' una cosa la dà a titolo di affitto, o di deposito, o di prestito a taluno che non ne è padrone, esso continua a possederla, ed il tempo della prescrizione seguita a decorrere a suo vantaggio; perchè un affittajuolo, un depositario, un comodatario, ritengono la cosa per colui ad a nome di colui da cui l' hanno avuta, il quale la possiede per mezzo loro.

44. Avvi maggior difficoltà riguardo ad un creditore a cui egli l' avesse data in pegno; poichè il pegno essendo il diritto di possedere una cosa *in securitatem debiti*, sebbene il creditore non possegga la cosa che gli è stata data in pegno, *tamquam rem propriam*, *sed tamquam alienam*, egli però la possiede per lui, ne ha un possesso naturale, che sembra dover far cessare quello di colui che gliel' ha data in pegno. Nulladimeno è ricevuto in diritto, che colui che ha cominciato a possedere una cosa in virtù di un giusto titolo, e che la dà in pegno al suo creditore, si reputa, in quanto all' effetto della prescrizione, che continui a possederla per mezzo di questo creditore, e che il tempo della prescrizione decorra a suo vantaggio, sia che la cosa si trovi presso al creditore, sia che l' abbia precariamente ritirata. Così insegna Giuliano: *Qui pignoris causa fundum creditori tradit, intelligitur* (1) *possidere; sed etsi eumdem precario rogaverit, aeque* (2) *per diutinam possessionem capiet: nam quum possessio creditoris non impediat capionem, longe minus precarii rogatio impedimento esse non debet; quum plus juris in possessione habeat qui precario rogaverit, quam qui omnino non possidet*; *l.* 26, ff. *de acq. possess.*

45. Quando lo stabile ch' io ho incominciato a possedere in virtù di un titolo è pignorato dai miei creditori, il mio possesso non è interrotto con questo pignoramento, ed il tempo della prescrizione continua a decorrere a mio vantaggio durante tal pignoramento, poichè io continuo a possederlo per mezzo di colui al quale la cosa pignorata è affidata, che la ritiene per me ed in mio nome, come abbiamo veduto nel *Trattato del Possesso*, *n.* 16.

46. Quando uno stabile tenuto in feudo è sequestrato feudalmente, il possessore ne resta spogliato soltanto in faccia al suo signore, ma continua a possederlo in faccia a tutti gli al-

(1) *Jam quidem ipse non possidet, sed creditor: verum utilitatis causa receptum est ut quoad usucapionis causam intelligatur possidere per creditorem, et ut possit coeptam a se usucapionem adimplere per possessionem creditoris cui rem pignori dedit.* Ita Cuiacius, ad hanc legem.

(2) *Ratio dubitandi, quod precaria possessio quam habet a creditore, non fit possessio civilis quae sola proficit ad usucapionem. Respondet: Quum receptum sit ut hoc casu possit, etiamsi ipse omnino non possideat, coeptam usucapionem adimplere nec possessionem creditoris, a fortiori potest eam hoc casu adimplere per possessionem quam precario habet a creditore*

tri, il suo possesso non è interrotto, il tempo per la prescrizione continua a decorrere, e può anche compirsi durante il sequestro.

47. Finalmente la perdita della ragione, che sopravvenisse al possessore, non interromperebbe nè il possesso, nè il tempo della prescrizione, come abbiamo veduto *supra, ibid.*, n. 56.

§ 2. *Dell' interruzione civile.*

48. L' interruzione civile è quella che risulta dall' interpellazione giudiziale, cioè da una domanda giudiziale interrotta contro al possessore, per fargli rilasciare la cosa.

Secondo il diritto romano, quando taluno aveva cominciato a possedere una cosa in virtù di un giusto titolo, la domanda giudiziale fatta contro di lui per costringerlo a rilasciarla, ed anche la contestazione della lite che interveniva dietro tale domanda, non impedivano che il tempo della prescrizione continuasse a decorrere o che si compisse pur anche durante la lite. Così c' insegna Paolo: *Si rem alienam emero, et quum usucaperem, eamdem rem dominus a me petierit, non interpellari usucapionem litis contestatione*; *l.* 2, § 21, ff. *pro empt.* Ma colla contestazione della lite il possessore contraeva verso l' attore l' obbligazione di rendergli la cosa, se giustificava esserne padrone quando fu contestata la lite; ed il giudice lo condannava a restituirla, sebbene l' avesse acquistata per diritto di usucapione, ed anche a dar cauzione all' attore, che egli non aveva cangiato cosa alcuna allo stato delle cose dopo il compimento dell' usucapione. Così insegna Paolo: *Si post acceptum judicium possessor usu hominem caepit; debet eum tradere, eoque nomine de dolo cavere: periculum est enim ne eum vel pignoraverit vel manu miserit*; *l.* 18, ff. *de rei vind.*

49. Cujacio pensa che la sola usucapione compivasi durante la lite; ma non già la prescrizione *longi temporis*, la quale era *ipso jure* arrestata dalla contestazione della lite. Egli si fonda su questo rescritto degli imperatori Diocleziano e Massimiano: *Longi temporis praescriptio qui his bona fide acceptam possessionem et continuatam nec interruptam* INQUIETUDINE LITIS *tenuerunt, solet patrocinari*; *l.* 2, Cod. *de praescr. long. temp.*

Egli si fonda anche sopra un rescritto degl' imperatori Severo ed Antonino, per il quale non solo la contestazione della lite che interviene dietro una domanda di rivendicazione contro al possessore arresta il corso della prescrizione; ma rende bene anche il suo possesso affetto di un vizio, che lo rende incapace di operare la prescrizione; talmente che, sebbene l' attore avesse in seguito desistito dalla sua domanda, ed il possessore avesse dopo le desistenze posseduto la cosa durante tutto il tempo richiesto per la prescrizione, neppur potrebbe acquistarla per prescrizione. Quindi il solo suo successore a titolo singolare può cominciare e compire da sè il tempo della prescrizione: *Quum post motam et omissam quaestionem, res ad nova* (1) *dominia bona fide transierint, et exinde novi viginti anni intercesserint sine interpellatione, non est inquietanda quae nunc possidet persona. Quae sicut accessione prioris domini* [2] *non utitur, qui est inquietatus: ita nec impedienda est, quod ei* (3) *mota controversia sit. Quod si prior possessor inquietatus est, etsi postea per longum tempus sine aliqua interpellatione in possessione remansit, tamen non potest uti longi temporis praescriptione*; *l.* 1, Cod. *de praescr. long. temp.*

Costantino ce ne dà la ragione, dicendo che dopo l' interruzione che la contestazione della lite su la domanda di rivendicazione intentata contro al possessore, ha apportato al suo possesso, il possesso posteriore è un possesso vacillante, e non è più quello di un uomo che crede con sicurezza di possedere una cosa che gli

(1) *Id est ad novos possessores bonae fidei, qui titulo singulari successerunt, et cui mota est controversia.*
(2) *Id est prioris possessoris.*
(3) *Priori possessori.*

appartiene: *Nemo ambigit*, dice questo imperatore, *possessionis duplicem esse rationem, aliam quae jure consistit, aliam quae corpore; utramque autem ita demum esse legitimam, quum omnium adversariorum silentio et taciturnitate firmatur; interpellatione vero et controversia progressa, non posse eum intelligi possessorem, qui, licet possessionem corpore teneat, tamen ex interposita contestatione et causa in judicium deducta, super jure possessionis vacillet ac dubitet*; *l.* 10, Cod. *de acq. poss.*

50. Una semplice denunzia ch' io avessi fatta ad alcuno delle mie pretensioni sulla cosa ch' ei possiede, non interromperebbe nè il suo possesso nè il corso della prescrizione: *Alienam aream bona fide emit, et ante impletam diutinam possessionem, aedificare coepit; et denuntiante domino soli, intra tempora diutinae possessionis perseveravit; quaero utrum interpellata sit, an coepta duraverit? Respondit secundum ea quae proponerentur, non esse interpellatam*; *l.* 13, *ff. pro empt.*

51. Tali sono i principj del diritto romano sull' interruzione civile; nel nostro diritto francese non avvi dubbio che l' interruzione civile arresti di pieno diritto il corso della prescrizione. Ma lo Statuto di Parigi, nell'art. 113 surriferito, e la maggior parte degli altri Statuti, lo dicono espressamente con queste parole: *Chiunque ha goduto e posseduto ...... senza inquietudine.*

L' atto di citazione dietro una domanda di rivendicazione intentata contro al possessore, costituisce l'interruzione civile. Dal giorno, in cui gli è stata fatta questa citazione, il suo possesso cessa di esser *senza inquietudine*, come lo richiedono gli Statuti; e per conseguenza il tempo della prescrizione dee cessar di decorrere da questo giorno.

Si osservi che un atto di citazione, ancorchè fatto innanzi ad un giudice incompetente, non cessa di essere una interruzione civile che arresta il corso della prescrizione. Ciò venne giudicato da una decisione del 1 luglio 1627, in materia di retratto gentilizio, ove tutto è di ragione; e quindi a maggior ragione dee aver luogo la stessa cosa in tutti gli altri casi. Tale decisione si trova nel Giornale delle udienze.

52. Se la citazione fosse diretta al fittajuolo, che l' attore credeva essere il possessor dello stabile, non potrebbe arrestare il corso della prescrizione, che corre a favore del possessore che l' ha affittato; e cesserà di correre soltanto dal giorno della nuova citazione fatta al possessore dietro l' indicazione datane dal fittajuolo; e se nel tempo intermedio tra la citazione fatta al fittajuolo e quella fatta al possessore, la prescrizione fosse venuta a compirsi, la citazione fatta al possessore sarebbe stata fatta troppo tardi (*ibid.*)

Se però l' attore potesse provare che vi fu frode e collusione tra il possessore ed il suo fittajuolo, per tenere a bada l' attore, e nascondergli il nome del possessore sino al compimento della prescrizione, l' attore, a cui il possessore opponesse la prescrizione, potrebbe opporre con successo a tale prescrizione l' eccezione del dolo.

53. Quando l' attore abbia lasciato perimere l' istanza prodotta contro al possessore, ed esista una sentenza che l' ha dichiarata perenta, l'effetto della perenzione essendo di far riguardare l' istanza come non avvenuta, essa non può aver alcun effetto, e quindi non può aver interrotto il possesso, nè arrestato il corso della prescrizione, la quale per conseguenza deve continuare a correre ed a compirsi, non ostante questa domanda. Ordinanza di Rossiglione.

Ma se i titoli dell' attore, dei quali il possessore ha avuto comunicazione nella istanza che fu poi perenta, provassero il diritto di proprietà, quando l' attore istesso producesse una nuova domanda contro al possessore, e questo gli opponesse la prescrizione, avrebbe egli diritto di sostenere, che la prescrizione, prima di compirsi, aveva cessato di correre a vantaggio di questo possesso, non per la prima domanda spiegata contro di lui, la quale essendosi in seguito lasciata perimere non ha potuto produrre alcuno

effetto, ma per la cognizione ch' egli ebbe del diritto dell'attore, in virtù della comunicazione che questi gli ha fatta de' suoi titoli? Questa cognizione, si potrebbe dire, avendo fatto cessare la buona fede del possessore, la quale consiste nella giusta opinione in cui egli è, che la cosa da lui posseduta gli appartiene, ha per conseguenza arrestato il corso della prescrizione, non potendo questa correre senza esser accompagnata dalla buona fede del possessore. Infatti, come noi abbiamo veduto *supra*, *n.* 34, secondo i principj del nostro diritto, la buona fede del possessore dee durare per tutto il tempo della prescrizione, sino al suo intero compimento.

Non ostanti tali ragioni, si dee dire che il corso della prescrizione non è stato interrotto; che la comunicazione de' titoli dell' attore fatta al possessore nella istanza che in seguito ha lasciato perimere, non si dee riputare aver dato al possessore una perfetta cognizione che la cosa gli apparteneva; ch' egli ebbe al contrario un giusto motivo di credere che esistesse qualche vizio in tali titoli, giacchè egli abbandonava la sua domanda; e che per conseguenza egli potè benissimo continuare a credersi padrone dello stabile, nel che consiste la buona fede necessaria per prescrivere. Vedasi ciò che abbiamo detto nel nostro *Trattato del Dominio di Proprietà*, n. 342, in un caso quasi simile a questo.

54. Quando il proprietario in parte di uno stabile ha intentato una domanda di rivendicazione per la parte che gli appartiene, contro al possessore che lo possiede pel totale in virtù di un giusto titolo, questa domanda interrompe il possesso ed il corso della prescrizione, solamente per la parte dell' attore; e quindi, continuando il possessore a possedere il di più *senza inquietudine*, il tempo della prescrizione continua a correre a suo vantaggio.

Nulladimeno, se colla comunicazione fatta al possessore de' titoli dell' attore, i quali fossero comuni all' attore ed a' suoi comproprietarj, il possessore fosse stato instruito del diritto che hanno i detti comproprietarj, una tal cognizione, facendo cessare la buona fede del possessore anche riguardo alle porzioni de' comproprietarj che non hanno ancora spiegato domanda alcuna, interromperebbe e farebbe cessare egualmente il corso della prescrizione per la porzione di tali comproprietarj.

Quindi, allorchè in seguito questi comproprietarj intentassero la loro domanda per le loro porzioni, se il possessore opponesse loro che il tempo della prescrizione per le loro porzioni erasi compito prima della loro domanda, essi avrebbero diritto di rispondergli, che la prescrizione non è compita, perchè è stata interrotta dalla cognizione del loro diritto di proprietà, ch' egli ha acquistata coi titoli a lui comunicati nella lite che egli ebbe su la prima domanda contro di lui spiegata.

55. Quando varie persone posseggono in comune, in buona fede, ed in virtù di un giusto titolo uno stabile che loro non appartiene, se il proprietario intenta la domanda contro una di esse soltanto, il corso della prescrizione non resta interrotto che per la sua parte, e continua a correre e può compirsi per la parte degli altri, i quali, non essendo stati citati, posseggono la loro parte senza inquietudine. Ma se il proprietario parziale, che fu solo citato, abbia agito come possessore del totale, ed abbia nascosto dolosamente all' attore che aveva dei compossessori, per lasciare a questi il tempo di compire la prescrizione per la loro parte, egli sarà tenuto ai danni ed interessi verso l'attore, come abbiamo veduto nel nostro *Trattato del Dominio di Proprietà*, n. 310. E se i compossessori fossero stati partecipi di questa frode, il proprietario, spiegando in seguito la domanda contro di essi, potrebbe opporre alla prescrizione, che essi allegassero, l' eccezione del dolo come nel caso del numero 51, *supra*.

56. Quando la cosa che forma l'oggetto della prescrizione è indivisibile, e non è suscettibile di parti, nè reali, nè intellettuali, come un diritto di passaggio, ciascuno de' proprietarj essendo proprietario del totale, poichè non si può esser proprietario in parte

di una cosa che non è suscettibile di parti, la domanda spiegata da uno di essi dee interrompere la prescrizione pel totale, ed interromperla in conseguenza per tutti.

Similmente, se questa cosa è posseduta da varj in comune, ciascun possessore essendone possessore pel totale, la domanda spiegata contro uno di essi interrompe il possesso pel totale, ed in conseguenza contro di tutti; uno stesso possesso non potendo essere pel totale interrotto e non interrotto.

CAPITOLO III.

Del giusto titolo che si richiede per la prescrizione.

57. Chiamasi *titolo del possesso* ogni contratto o altro atto, in conseguenza del quale taluno fu posto in possesso di una cosa.

Chiamasi *giusto titolo* un contratto o altro atto che è di natura da trasferire la proprietà colla tradizione, che in conseguenza di esso ne viene fatta; per cui se la proprietà non è trasferita, ciò avviene per mancanza di diritto nella persona che fa la tradizione, e non per difetto del titolo, in conseguenza del quale la tradizione si fa. Tali sono tutti i contratti, nei quali uno si obbliga a dare ad un altro la cosa stessa che ne forma il soggetto, e non solamente il godimento, l' uso o il possesso di esso.

Questi titoli sono chiamati *titoli giusti*, poichè, essendo di natura da trasferire la proprietà, danno un giusto motivo a quelli che per loro mezzo acquistano il possesso di una cosa, di credersene proprietarj; non avendo essi potuto indovinare che la persona da cui hanno acquistato, e che vedevano in possesso della cosa, non ne fosse proprietario.

Secondo queste nozioni, i contratti di vendita, di permuta, le donazioni, i legati ec., sono giusti titoli. Al contrario, gli affitti, i contratti di pegno, gli atti di sequestro, di precario ec., non sono giusti titoli.

Parimenti un sequestro feudale non è un giusto titolo, come abbiamo di già osservato *supra*, n. 2; poichè per sua natura non dà al signore che una proprietà momentanea del feudo sequestrato, sinchè il vassallo si presenti.

58. La necessità di un giusto titolo per la prescrizione, è compresa nella definizione che ne abbiamo data. Noi l'abbiamo definita, l' acquisto che facciamo del dominio di proprietà di una cosa, mediante il giusto possesso che ne abbiamo; è dunque necessario per la prescrizione, che il possesso sia un possesso giusto, un possesso *animo domini*, un possesso di una cosa di cui si crede con fondamento il proprietario, e per conseguenza che proceda da un giusto titolo; poichè non è possibile il credersi con fondamento proprietario di una cosa, che si possiede in virtù di un titolo che di sua natura non è atto a trasferire la proprietà, nè di una cosa di cui ci siamo impadroniti senza titolo. In forza di questi principj gl' imperatori Diocleziano e Massimiano rispondono: *Nullo justo titulo praecedente, possidentes, ratio juris quaerere dominium prohibet, idcirco quum etiam usucapio cesset: intentio dominii nunquam absumitur*; *l*. 24. *Cod. de rei vindic.*

Lo Statuto di Parigi nell' art. 113 surriferito, esige in termini formali un giusto titolo per la prescrizione di cui noi trattiamo, dicendo: *Chiunque ha goduto e posseduto uno stabile a* GIUSTO TITOLO.

Noi percorreremo, nel primo articolo, le diverse specie di giusti titoli più ordinarj, che producono la prescrizione col mezzo del possesso che da loro deriva. Nel secondo vedremo le cose che si richieggono nel titolo necessario per prescrivere. Nel terzo vedremo se l' opinione erronea che ha il possessore, che il suo possesso proceda da un giusto titolo, equivalga a questo giusto titolo, quando essa abbia un giusto fondamento. Finalmente nel quarto articolo vedremo come il possessore debba giustificare che il suo possesso deriva da un giusto titolo.

ARTICOLO PRIMO.

Delle diverse specie di giusti titoli.

Noi le riferiremo nell' ordine istesso con cui Giustiniano le riporta nelle sue Pandette.

§ 1. *Del titolo* pro emptore.

59. Giustiniano nelle sue Pandette riporta in primo luogo, fra i giusti titoli da cui deriva il possesso, il titolo *pro emptore*; cioè il contratto di vendita che fu fatto a taluno dal possessor della cosa.

Il contratto di vendita, essendo di sua natura traslativo di proprietà, è un giusto titolo che può far acquistare, per mezzo della prescrizione, al comprator di buona fede la cosa che gli è stata venduta, col possesso che ne deriva.

60. Gli atti equivalenti ad una vendita sono parimenti giusti titoli, che si possono chiamare *pro emptore*. Per esempio, allorchè taluno mi ha dato in pagamento di una somma di danaro, che mi era dovuta, una cosa ch'io credeva appartenergli, sebbene non gli appartenesse, questa dazione in pagamento è una specie di vendita che egli mi fa della cosa: *dare in solutum est vendere*; e per conseguenza è un giusto titolo simile al titolo *pro emptore*, che dee farmi acquistare col mezzo della prescrizione la cosa, pel possesso derivante da questo titolo.

61. Ulpiano riporta un altro esempio di un titolo equivalente a vendita, allorchè dice: *Litis aestimatio similis est emptioni*; *l.* 3, ff. *pro empt.* Per intendere una tale espressione, bisogna supporre ch' io abbia usurpato a Pietro il possesso di una cosa appartenente a Giacomo; essendo stato condannato a restituirla a Pietro, e non soddisfacendo la condanna, sono stato condannato a pagarne a Pietro il valore fissato in una certa somma ch' io gli ho pagata; il possesso che ho di questa cosa, in virtù del pagamento fatto a Pietro, è un possesso che deriva da un giusto titolo simile al titolo *pro emptore*, con cui io posso acquistar questa cosa col mezzo della prescrizione, contro di Giacomo che ignoro esserne il proprietario; poichè il pagamento che ho fatto a Pietro contiene una specie di vendita, che Pietro mi ha fatta di questa cosa per la somma ch' io gli ho pagata pel suo valore: *Possessor qui litis aestimationem obtulit* (1), *pro emptore incipit* (2) *possidere*; *l.* 2, ff. *pro empt.*

§ 2. *Del titolo* pro haerede.

62. Il titolo *pro haerede*, cioè il titolo di successione, è anche un giusto titolo; cioè un titolo che è di sua natura traslativo di proprietà, poichè trasmette all'erede la proprietà di tutte le cose ereditarie di cui il defunto era padrone. S' egli gli trasferisce la proprietà delle cose che il defunto possedeva senz' esserne padrone, cio è per mancanza di diritto nella persona del defunto, che non ha potuto trasmettere un diritto di proprietà ch' egli non aveva; ma se non trasmette al suo erede la proprietà di queste cose, gli trasmette però, quando le possedeva in virtù di un giusto titolo, il diritto di continuarne e di compierne la prescrizione.

63. Si osservi che il possesso, che l' erede ha delle cose dell' eredità, non essendo un nuovo possesso che comincia nella sua persona, ma soltanto la continuazione di quello che aveva il defunto, come vedremo nel capitolo seguente, il titolo *pro haerede* non può da sè solo far acquistare all' erede, col mezzo della prescrizione, le cose che il defunto possedeva senz' esserne proprietario, se non è unito ad un altro giusto titolo, da cui sia derivato il possesso del defunto. Per esempio, se il possesso che il defunto aveva di uno stabile, proveniva da un contratto di vendita che gli era stato fatto da alcuno ch' egli credeva esserne padrone, vedendolo in possesso, ancorchè non lo fosse, la prescrizione, che ha cominciato a correre a favore del

(1) Aggiungasi *et solvit.*
(2) *Incipit possidere pro emptore, quod ante injuste et sine titulo possederat.*

defunto, continuerà a correre e potrà compirsi a vantaggio dell' erede, *titulo pro emptore, et pro haerede*; ma se il defunto possedeva senza titolo una cosa, il possesso che egli aveva, essendo un possesso vizioso, è anche vizioso quello dell' erede che ne è una continuazione, e che dee averne tutte le qualità; e quindi il suo titolo di erede non può con questo possesso vizioso fargli acquistare la cosa per mezzo della prescrizione.

Conformemente a questi principj lo imperator Antonino risponde che il titolo *pro haerede* non è un titolo che solo, e per se stesso possa essere un titolo per l' usucapione: *Quum pro haerede usucapio locum non habeat, intelligit, etc*; *l.* 1, Cod. *de usucap. pro haerede.*

64. Vi è però un caso, in cui un erede può cominciare nella sua persona il possesso d'una cosa che trova fra i beni ereditarj, ed acquistarla per mezzo della prescrizione col titolo *pro haerede*; cioè quando siasi trovata nella casa del defunto, senza che il defunto ne abbia mai avuto cognizione. L'erede che la trova nella casa del defunto, e che ha un giusto motivo di credere ch' essa faccia parte de' beni ereditarj, la possiede *pro haerede*; e non si può dire in questo caso che il possesso dell' erede sia una continuazione di quello del defunto; poichè il defunto, non avendo avuto cognizione alcuna di questa cosa, non ha potuto acquistarne il possesso. Bisogna intendere in questo caso ciò che dice Pomponio; *Plerique putaverunt, si haeres sim, et putem rem aliquam esse ex haereditate, quae non sit, posse me usucapere*; *l.* 3, *ff. pro haerede.*

§ 3. *Del titolo* pro donato.

65. Per acquistare colla prescrizione una cosa non importa che il titolo, da cui deriva il possesso, sia oneroso o gratuito, perchè sia giusto, cioè un titolo di tal natura che sia atto a trasferire la proprietà. Quindi Paolo insegna che il titolo di donazione è un titolo col quale si può acquistare per usucapione o prescrizione: *Pro donato is usucapit, cui donationis causa res tradita est*; *l.* 1; *ff. pro donat.*

§ 4. *Del titolo* pro derelicto.

66. L' abbandono che taluno fa di una cosa, non volendo più che a lui appartenga, è per colui che se ne impadronisce un giusto titolo, un titolo traslativo di proprietà; poichè colui che abbandona una cosa, consente tacitamente che il dominio di essa da lui abdicato passi e sia trasferito in colui che se ne impadronirà.

Quando taluno ha fatto l' abbandono d' una cosa ch' egli possedeva come a lui appartenente, ma di cui non era proprietario, quest'abbandono non può far acquistare a colui che se ne impadronisce il dominio di proprietà che non aveva colui che ha fatto l' abbandono: ma un tale abbandono è un giusto titolo che dà a colui che s' è impadronito della cosa, il diritto di acquistarla per mezzo della prescrizione, quand' egli sa che è stata abbandonata, sebbene ignori da chi. Questo è il caso del titolo di usucapione *pro derelicto*; ed è in questo caso che deesi intendere ciò che dice Paolo: *Id quod pro derelicto habitum est, et haberi putamus, usucapere possumus, etiamsi ignoramus a quo derelictum sit*; *l.* 4, *ff. pro derel.*

§ 5. *Del titolo* pro legato.

67. Il legato, al pari della donazione, è un giusto titolo che è di sua natura traslativo di proprietà, e che dee per conseguenza dare al legatario il diritto di acquistare, col mezzo della prescrizione, la cosa a lui rilasciata a questo titolo, quando colui che gliel' ha rilasciata non ne era il proprietario; purchè il legatario abbia creduto in buona fede ch' egli lo era.

§ 6. *Del titolo* pro dote.

68. Secondo il diritto romano, ed anche in oggi nelle provincie regolate dal diritto scritto, il titolo di dote è un titolo che è di sua natura traslativo di proprietà, poichè il marito acquista il dominio di proprietà delle

cose che gli sono date in dote da sua moglie, o da altri per lei, quando la moglie o gli altri che gliele hanno date ne erano proprietarj

Quindi ne deriva che questo titolo di dote è un giusto titolo, che gli fa acquistare, col mezzo della prescrizione, le cose che gli sono date in dote, quando la moglie o gli altri che gliele hanno date non ne erano proprietarj, purchè egli abbia creduto in buona fede ch' essi lo fossero: *Titulus est usucapionis et quidem justissimus, qui appellatur pro dote; ut qui in dotem rem accipiat, usucapere possit spatio solemni, quo solent, qui pro emptore usucapiunt*; *l.* 1, ff *pro dote*.

69. Nulla influisce a questo proposito che la moglie abbia dato in dote a suo marito certe cose, o che gli abbia dato l' universalità de'suoi beni; il marito che, nell' universalità de' beni che possedeva e che ha portati in dote sua moglie, trova delle cose che non le appartenevano, può acquistarle col mezzo della prescrizione, *titulo pro dote*, purchè abbia creduto che a lei appartenessero: *Nil refert singulae res, an pariter universae in dotem darentur*; *d. l.* 1, § 1.

70. Nulla parimenti influisce che lo stabile sia stato dato in virtù di una stima o senza stima alcuna, *aestimatus an inaestimatus*; poichè nell' uno e nel altro caso il titolo di dote ne trasferisce la proprietà al marito, quando la moglie ne è proprietaria; con questa sola differenza, che se la moglie glielo ha dato dietro una stima, gliene ha trasferito una proprietà perpetua col solo obbligo di restituirne il valore in tempo dello scioglimento del matrimonio; al contrario quando glielo ha dato senza stima, gliene ha trasferito bensì il dominio di proprietà, ma coll' obbligo di restituirlo in natura al tempo dello scioglimento del matrimonio. Il titolo di dote, essendo dunque di sua natura traslativo di proprietà sì nell' uno che nell' altro caso, è tanto nell' uno quanto nell' altro un giusto titolo, che dee dare al marito il diritto di acquistare, per mezzo della prescrizione, lo stabile che sua moglie gli ha recato in dote senza stima o dietro stima, quand'essa non n' era proprietaria, purchè egli abbia in buona fede creduto che lo fosse.

71. Non essendovi dote senza matrimonio, quando il matrimonio è nullo, le cose che la donna ha portate in dote, non sono una vera dote; il marito non le possiede a titolo di dote, ed il possesso che ne ha è un possesso destituito di titolo, che non può per conseguenza fargli acquistar cosa alcuna per mezzo della prescrizione: *Constante matrimonio, pro dote usucapio inter eos locum habet, inter quos est matrimonium. Caeterum si cesset matrimonium, Cassius ait, cessare usucapionem, quia et dos nulla sit*; *d. l.* 1, § 3.

Si aggiunga che il matrimonio essendo illecito e nullo, la convenzione della dote, ch'è un accessorio del contratto di matrimonio, è parimenti illecita e nulla; e non può per conseguenza esser un giusto titolo che possa dare al marito il diritto di acquistare, per mezzo della prescrizione, le cose, la tradizione delle quali gli fu fatta in conseguenza di un tal titolo.

72. Ciò che aggiunge Cassio, cioè che questo ha luogo ancorchè l'uomo avesse creduto valido il suo matrimonio: *Etsi maritus putavit esse sibi matrimonium quum non esset, usucapere eum non posse, quia et dos nulla sit*, *d. l.* § 4, non dee esser seguito nel nostro diritto, quando l'errore che ha fatto creder valido il matrimonio avea un fondamento probabile; imperciocchè in questo caso il nostro diritto, per favor della buona fede delle parti, dà a questo matrimonio, sebbene nullo, gli effetti civili, come abbiamo veduto nel nostro *Trattato del Matrimonio*, n. 438; e per conseguenza può esservi una dote per questo matrimonio, ancorchè nullo; ed il titolo, per cui il marito possiede le cose che la moglie gli ha recata in dote, è un vero titolo di dote ».

Si può addurre per esempio il caso, in cui un uomo abbia sposata una donna in virtù di buoni certificati della morte di suo marito, ch' erasi creduto ucciso in una battaglia, ma che

però viveva ancora. *Se* il marito che credevasi morto, ricomparisce lungo tempo dopo, non v' ha dubbio che il secondo matrimonio sia nullo; nulladimeno questo matrimonio, ancorchè nullo, avendo gli effetti civili di un vero matrimonio, in favore della buona fede delle parti, la dote che l' uomo ha ricevuta è una vera dote, che gli ha fatto acquistare il dominio di proprietà delle cose, che la donna gli ha date in dote, e di cui essa era proprietaria, ed il diritto d' acquistare col mezzo della prescrizione quelle di cui la credeva proprietaria, sebben non lo fosse. Quando l' errore del matrimonio viene ad esser riconosciuto, questa dote è restituita alla donna, la quale è obbligata in questo caso a separarsi dal suo secondo marito, nella stessa maniera che, nel caso di un vero matrimonio, la dote è restituita alla moglie dopo il suo scioglimento.

37. Una donna si è costituito in dote certe cose, di cui ha fatto anticipatamente la tradizione all' uomo che doveа sposare, coll' intenzione di trasferirgli da quel momento la proprietà che essa credeva averne, sebbene a lei non appartenessero. La celebrazione del matrimonio essendo stata ritardata, si fa questione, se il tempo della prescrizione per le dette cose potesse decorrere a vantaggio del marito prima del matrimonio, dal momento che gliene è stata fatta la tradizione. La ragione di dubitare è che, non essendovi dote senza matrimonio, le cose ch' egli ha ricevute non debbono cominciare ad esser dotali, se non dal momento del matrimonio, non potendo il marito possedere a titolo di dote prima della celebrazione delle nozze; ma la ragione di decidere che la prescrizione cominci a decorrere dal momento della tradizione fatta prima del matrimonio si è che, se non è decorsa pel titolo di dote, è decorsa per un altro giusto titolo, e questo titolo è la convenzione fatta tra l' uomo e la donna, di trasferirgli anticipatamente la proprietà di queste cose. Questa convenzione è una convenzione permessa, una convenzione che di sua natura è traslativa di proprietà, poichè col mezzo della fatta tradizione avrebbe trasferito all' uomo la proprietà di queste cose, se la donna ne fosse stata proprietaria. Questa convenzione è dunque un giusto titolo che ha potuto far correre la prescrizione a vantaggio del marito, dal momento della tradizione che gli è stata fatta di queste cose: *Est quaestio vulgata, an sponsus possit, hoc est qui nondum maritus est, rem pro dote usucapere? Et Julianus inquit: si sponsa sponso ea mente tradiderit res, ut non ante ejus vellet, quam nuptiae secutae sint, usus quoque capio cessabit; si tamen non evidenter id actum fuerit, credendum esse id agi, Julianus ait, ut statim res ejus fiant; et si alienae sint, usucapi possint: quae sententia probabilis mihi videtur. Ante nuptias autem non pro dote usucapit, sed pro suo* [1]; d. l. 1, § 2.

74. Una donna ha dato in dote a suo marito uno stabile ch' essa sapeva non appartenerle; il marito, che ignorava che lo stabile non apparteneva a sua moglie, ne ha acquistata la proprietà col decorso del tempo necessario per la prescrizione; in seguito essendo morto il marito, e lo stabile essendo ritornato alla moglie, si domanda se l' antico proprietario, che ne ha perduta la proprietà colla prescrizione ch' erasi compita a vantaggio del marito, possa però intentare un' azione contro la moglie, onde costringerla a rilasciarglielo. Io credo ch' egli avrebbe diritto di farlo; poichè la moglie avendo, colla cognizione ch' essa aveva che lo stabile non le apparteneva, contratta l' obbligazione di restituirlo al proprietario, quest' obbligazione dura sempre, sinchè non sia stata soddisfatta.

75. Ci resta da osservare che nelle provincie regolate dal diritto consuetudinario, il titolo di dote non è un titolo traslativo di proprietà, nè per conseguenza un titolo di prescrizione riguardo agli stabili che una donna porta in dote; poichè la donna ne ri-

(1) Cioè in virtù della convenzione fatta tra l' uomo e la donna, per trasferirgli la proprietà di queste cose; la qual convenzione al pari di tutte le altre, che sono di loro natura traslative di proprietà, e che non hanno un nome che sia loro particolare, è compresa sotto il nome generale del titolo *pro suo*.

mane proprietaria, ed il marito ne acquista soltanto l' amministrazione ed il godimento.

§ 7. *Del titolo* pro suo.

76. Il titolo *pro suo* è un titolo generale di possesso di tutte le cose di cui noi acquistiamo o crediamo con fondamento di acquistare la proprietà. Questo titolo comprende nella sua generalità tutti i diversi titoli, co' quali noi acquistiamo la proprietà di una cosa, quando la persona da cui l' acquistiamo ne è proprietaria; cioè tanto quelli che hanno un nome loro particolare, come quelli che non ne hanno alcuno.

Quando il titolo, in virtù del quale io posseggo, ha un nome ch' è a lui particolare, io posseggo in virtù di questo titolo, ed in virtù di un titolo generale *pro suo*; quand' egli non ne ha alcuno, il mio titolo di acquisto non ha altro nome che quello di titolo generale *pro suo* : *Pro suo possessio talis est, quum dominium nobis acquiri putamus, et ex ea causa possidemus, ex qua acquiritur, et praeterea pro suo ; ut puta ex causa emptionis, et pro emptore, et pro suo possideo ; item donata, vel legata, vel pro donato, vel pro legato, etiam pro suo possideo*; *l.* 1, ff. *pro suo.*

Questi diversi titoli che non hanno nome, e che ci fanno acquistare la proprietà delle cose colla tradizione, che in conseguenza di essi ce ne viene fatta, allochè colui che ce la fa, o che vi consente, ne è proprietario, sono giusti titoli, i quali, allorchè non ne è proprietario, ci danno il diritto di acquistar tali cose per usucapione o prescrizione, e quest'usucapione chiamasi usucapione *pro suo.*

77. Si può addurre, per esempio di questi diversi titoli, una transazione colla quale colui con cui io ho transatto, mi ha ceduto una certa cosa come a lui appartenente, sebbene non gli appartenesse; questa cessione che m' avrebbe fatto acquistare la proprietà di questa cosa colla tradizione da lui fattamene, s' egli ne fosse stato proprietario, è un giusto titolo che mi dà il diritto di acquistarla per mezzo della prescrizione: *Ex causa transactionis habentes justam causam possessionis, usucapere possunt* ; *l.* 3. Cod. *de usucap. pro empt.*; questa è un' usucapione *pro suo.*

78. La percezione de' frutti che fa il possessor di buona fede di uno stabile che gli è stato donato o venduto da taluno, che non ne era proprietario, secondo i principj del diritto romano, non gliene faceva acquistare il dominio di proprietà: tale dominio de' frutti seguiva quello dello stabile; ed il proprietario dello stabile, allorchè lo rivendicava, rivendicava anche i frutti tutti estanti. Ma questa percezione de' frutti di uno stabile, che il possessore credea in buona fede appartenergli, era un giusto titolo che gli dava il diritto di acquistarli per usucapione, coll' avutone possesso, durante il tempo stabilito dalla legge. Il titolo di quest' usucapione non è il titolo *pro emptore* o *pro donato* ; poichè è vero che gli fu venduto o donato lo stabile da cui ha percetti i frutti, ma non gli furono nè venduti nè donati i frutti. *Pro nostro possidemus fructus rei emptae vel donatae*; *l.* 2, ff. *pro suo.*

Dicasi lo stesso riguardo all' erede di questo possessore : quando il tempo dell' usucapione, o della prescrizione delle cose che il defunto possedeva di buona fede non è ancora compito, nè da lui nè dal suo erede, la percezione che l'erede fa dei frutti di queste cose dopo l' adizione dell' eredità, è un giusto titolo che gli dà il diritto di acquistar questi frutti per diritto di usucapione, possedendoli pel tempo determinato dalla legge; e quest' usucapione è un'usucapione *pro suo*. Così Paolo c' insegna: *Fructus et partus ancillarum et foetus pecorum, si defuncti non fuerunt, usucapi possunt* ; *l.* 4, § 5 , ff. *de usurp. et usucap.* V. Cuiacio *ad hunc* § nel suo commentario a Paolo, *ad lib.* 54.

Nel nostro diritto francese il possessor di buona fede acquista *ipso jure* il dominio di proprietà de' frutti che percipe, senza aver bisogno del soccorso della prescrizione, come abbiamo veduto nel nostro *Trattato del Dominio di Proprietà*, n. 341.

Si può vedere ancora un altro esempio di usucapione *pro suo*, *supra*, n. 73.

79. Non vi ha dubbio che i con-

tratti di permuta e di enfiteusi, essendo di loro natura traslativi di proprietà, sono giusti titoli coi quali io posso acquistare per mezzo della prescrizione lo stabile che mi fu dato invece del mio, o che mi fu dato in enfiteusi da taluno, ch' io ne credeva proprietario, sebben non lo fosse.

Il contratto di società è un contratto di sua natura traslativo di proprietà; poichè io acquisto con tal contratto la proprietà delle cose, che il mio socio ha conferite nella società, e che nella divisione fattasi de' beni della società sono cadute nella mia porzione, quando il mio socio ne era proprietario. Questo contratto è dunque un giusto titolo che, non potendo trasferirmi la proprietà di queste cose, se il mio socio non l' aveva, dee almeno darmi il diritto di acquistarla per mezzo della prescrizione. Egli dee darmi *causam usucapiendi*.

È questione sul determinare quando cominci a correre questa prescrizione. Allorchè il mio socio, che ha portato queste cose nella società, ne era egli stesso possessor di buona fede in virtù di un giusto titolo, il tempo della prescrizione di tali cose, che cominciò a correre a profitto del mio socio, continua a profitto della società, dopo che ve le ha portate; e se non è ancora compito nel tempo della divisione, continua a decorrere a profitto di quel socio cui sono toccate nella divisione.

Quando il mio socio era possessore di mala fede delle cose che ha portate in società, e che mi sono toccate nella divisione, la prescrizione, non potendo in questo caso cominciare a correre, sennonchè a mio vantaggio, sebbene si reputi ch' io abbia acquistato pel totale queste cose, che mi sono toccate nella divisione, dal momento del contratto di società, per l'effetto retroattivo che la nostra giurisprudenza francese dà alle divisioni, nulladimeno il tempo della prescrizione non può cominciare a correre, se non dal giorno della divisione; poichè, non avendo potuto sapere prima se queste cose sarebbero toccate a me, non ho potuto aver la opinione di esserne proprietario, opinione in cui consiste la buona fede, senza la quale non può correre la prescrizione.

80. Quando un uomo, pel suo contratto di matrimonio, ha portato nella comunione uno stabile o altra cosa che possedeva di mala fede, se questo stabile nella divisione de' beni della comunione tocca alla moglie, la quale ignorava che non apparteneva a suo marito, essa potrà acquistarlo per mezzo della prescrizione, in virtù del titolo per cui suo marito l' ha portato in comunione; ed il tempo di questa prescrizione comincerà a correre dal giorno della divisione, per mezzo della quale è a lei pervenuto.

Quando la moglie ha portato in comunione uno stabile ch' essa possedeva di mala fede, il marito che ignora che questo stabile non apparteneva alla moglie, e che lo possiede in buona fede in virtù del titolo del suo contratto di matrimonio, col quale sua moglie l' ha portato in comunione, può cominciare a prescrivere tale stabile dal giorno che ne è stato messo in possesso durante il matrimonio, e può compir la prescrizione durante il matrimonio istesso; poichè il marito durante il matrimonio è riputato padrone pel totale di tutti i beni che compongono la sua comunione. Ma se colla divisione che ne verrà fatta, questo stabile portato dalla moglie tocca alla stessa moglie, riputandosi in questo caso che lo stabile sia sempre a lei appartenuto, e non sia giammai appartenuto al marito, la prescrizione non avrà luogo.

§ 8. *Del titolo* pro soluto.

81. Il pagamento che ci vien fatto di una cosa, e che ce ne trasferirebbe la proprietà, se colui che l' ha fatto o che vi ha acconsentito, ne fosse stato il proprietario, è un giusto titolo di possesso, che ci dà il diritto di acquistare la cosa per mezzo della prescrizione, quand' egli non ne era proprietario. I giureconsulti hanno dato a questo titolo il nome di *pro soluto*.

Io possiedo *pro soluto*, ed io posso prescrivere *pro soluto*, la cosa che mi fu data in pagamento, sia che mi sia stata data in pagamento la cosa stessa che mi era dovuta, sia che mi

sia stata data in pagamento un'altra cosa ch' io mi son contentato di ricevere: *Pro soluto usucapit, qui rem debiti causa recipit; et non tantum quod debetur, sed et quodlibet pro debito solutum, hoc titulo usucapi potest*; *l.* 46, ff. *de usurp. et usucap.*

82. Si osservi però questa differenza, che se mi fu data in pagamento la cosa stessa che mi era dovuta, il principal titolo del possesso ch' io ne ho, e della prescrizione che ne acquisto, è il titolo, in virtù del quale mi era dovuta; cosicchè il titolo *pro soluto* non fa che concorrere con questo titolo, e ne è soltanto l' esecuzione.

Se, per esempio, mi si dà in pagamento, e mi si fa la tradizione di una cosa, che mi era dovuta in virtù della vendita che me ne era stata fatta, il principal titolo del possesso ch' io ne ho, è il titolo *pro emptore*, ancorchè io possa dire egualmente che la possiedo *pro soluto*. Ma se la cosa che mi fu data in pagamento è una cosa diversa da quella che mi era dovuta, il solo titolo *pro soluto* è in tal caso il titolo del mio possesso e della prescrizione che ne acquisto.

Se, per esempio, voi mi avete venduto lo stabile A, di cui vi siete obbligato a farmi la tradizione, ed in vece mi avete dato in pagamento di quest' obbligazione lo stabile B, ch' io mi sono contentato di ricevere, il titolo del possesso ch' io ho dello stabile B non è il titolo *pro emptore*, poichè non è questo lo stabile che ho comprato; ma io lo possiedo *pro soluto*, e l' acquisto colla prescrizione, *tit. pro soluto*, se voi non ne siete il proprietario, purchè credessi in buona fede che lo foste.

Quando una cosa mi fu data in pagamento di una somma di denaro, il possesso ch' io ne ho, oltre al titolo *pro soluto*, ha pure per titolo quello *pro emptore*, poichè il dare una cosa in pagamento di una somma di denaro è fare una specie di vendita di questa cosa: *Dare in solutum est vendere*, come lo abbiamo veduto *supra*, *n*. 60.

83. Si osservi, riguardo al titolo *pro soluto*, che sebbene un pagamento supponga un debito, ciò non ostante colui, a cui si è data in pagamento una cosa ch' egli in buona fede credeva essergli dovuta, può prescrivere ancorchè nulla gli fosse dovuto. Così insegna Pomponio: *Hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi, si scissem te mihi nihil debere, usu eum non capiam: quia si nescio, verius est ut usucapiam, quia ipsa traditio ex causa* (1) *quam veram existimo, sufficit ad efficiendum ut id quod mihi traditum est, pro meo possideam*; *l.* 3, ff. *pro suo*.

ARTICOLO II.

Delle cose richieste riguardo al titolo necessario per la prescrizione.

84. Oltre all' esser necessario per la prescrizione che il titolo da cui il possesso deriva sia di sua natura traslativo di proprietà, come abbiamo veduto in tutto l' articolo precedente, bisogna: 1.° che questo titolo sia valido; 2.° che non sia sospeso da qualche condizione; 3.° finalmente che continui ad essere il titolo di questo possesso durante tutto il tempo richiesto pel compimento della prescrizione.

§ 1. *Bisogna che il titolo sia valido.*

85. Acciocchè un possessore possa acquistare per mezzo della prescrizione la cosa ch' ei possiede, bisogna che il titolo, da cui il suo possesso deriva, sia valido; un titolo nullo non essendo titolo, il possesso che ne deriva è un possesso senza titolo, che non può produrre la prescrizione.

Per esempio, l' instituzione d' erede di una persona, che per disposizione di legge ne era incapace, essendo un titolo nullo, se quest' incapace, la di cui incapacità potea non essere conosciuta, si è messo in possesso de' beni del defunto che lo ha instituito erede, il suo titolo essendo nullo, egli non può acquistar cosa alcuna dei beni di

(1) Purchè non sia *ex causa emptionis quam falso crediderim intervenisse*; *l.* 48, ff *de usurp. et usuc.* Vedansi le ragioni di quest' eccezione, *infra*, *n*. 95.

quest' eredità col mezzo della prescrizione: *Constat eum (demum) qui testamenti factionem habet, pro haerede usucapere posse*; *l.* 4, ff. *pro haerede*.

Lo stesso si dica di un legato che fosse stato fatto a quest' incapace; egli non potrebbe acquistare col mezzo della prescrizione la cosa legata, che l' erede, non conoscendo la sua incapacità, gli avesse consegnata; poichè il legato, che è il titolo da cui il suo possesso deriva, è un titolo nullo, che non può sussistere nella di lui persona dichiarata dalle leggi incapace di ricever legati: *Nemo potest legatorum nomine usucapere, nisi is cum quo testamenti factio est, quia ea possessio ex jure testamenti proficiscitur*; *l.* 7, ff. *pro leg*.

86. Quando taluno si è messo, a titolo di successione, in possesso dei beni d' un suo parente che credeva morto, sebbene fosse tuttora vivente, non può acquistare cosa alcuna dei detti beni per prescrizione; poichè il suo titolo è un titolo nullo, non potendovi essere successione di un uomo vivente: *Pro haerede ex vivi bonis nihil usucapi potest, etiamsi possessor mortui rem fuisse existimaverit*; *l.* 1, ff. *pro haerede*.

Al contrario, se la cosa legata è stata consegnata al legatario durante la vita del testatore, egli può acquistarla col mezzo della prescrizione, se ha creduto che appartenesse al defunto che gliel' ha legata: *Ea res, quae legati nomine tradita est, quamvis dominus ejus vivat, legatorum tamen nomine usucapietur*; *l.* 5, ff. *pro leg. Si is, cui tradita est, mortui esse existimaverit*; *l.* 6, ff. *d. tit.*

Cujacio assegna per ragione di questa differenza, che non può esservi successione di un uomo vivente, in vece che possono esservi benissimo de' legati d' un uomo vivente, potendo un testatore conseguare anticipatamente ad alcuno le cose a lui legate.

87. Una donazione fra conjugi essendo un titolo nullo, ne viene in conseguenza che il conjuge donatario non può, nè durante il suo matrimonio, nè dopo lo scioglimento di questo, acquistare per mezzo della prescrizione la cosa a lui donata dall' altro conjuge.

Ma se dopo la morte del conjuge donante, il suo erede consentisse all' esecuzione della donazione, un tale consenso è un nuovo titolo valido, che trasferisce al donatario la proprietà della cosa, se l' erede ne è il proprietario, o il diritto di acquistarla col mezzo della prescrizione, se non è il proprietario: *Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio. Item, si vir uxori rem donaverit, et divortium intercesserit, cessare usucapionem, Cassius respondit, quoniam non possit causam possessionis sibi ipsi mutare; alias ait, post divortium it usucapturam, si eam maritus* (1) *concesserit, quasi nunc donasse intelligatur*; *l.* 1, § 2, ff. *pro donato*.

88. Quando il difetto del titolo deriva soltanto da qualche difetto di formalità, se colui, in cui favore la formalità è stabilita, vuol trascurarla, e riguardarlo come valido, tale dee esser riputato; per esempio, se in un legato eravi qualche difetto di forma, e l' erede non abbia voluto avervi riguardo, ed abbia consegnato al legatario la cosa legata, il legatario ne acquista la proprietà, se l' erede ne era proprietario, o il diritto di acquistarla per mezzo della prescrizione, *tit. pro legato*, se non ne era proprietario: *Pro legato usucapit, cui recte legatum relictum est; sed et si non jure legatum relinquatur* (2) . . .

(1) Non essendo ammesso fra noi il divorzio, io ho cambiato il caso, e in vece del consenso dato dal marito dopo il divorzio, ho sostituito il consenso dato dall' erede, ch' è un caso simile.

(2) Ho omesso le parole *vel ademptum est* che seguono, perchè comprendono un caso che non può ricevere applicazione nel nostro diritto. Secondo il diritto romano, un legato non poteva essere legalmente rivocato, che *testamento aut codicillis testamento confirmatis*: la rivocazione che ne fosse stata fatta *extra testamentum nuda voluntate*, non distruggeva il legato *subtilitate juris*, ma dava solamente all' erede un' eccezione per esimersi dal pagarlo; e rilasciava al legatario la cosa legata, il legatario la possedeva *pro legato*, e poteva acquistarla col mezzo della prescrizione *pro legato*, se l' erede che gliel' aveva rilasciata non n' era proprietario. Secondo il nostro diritto, la volontà di rivocare

pro legato usucapi post magnas varietates obtinuit; *l.* 9, ff. *pro legato*.

In generale, quando un erede mi ha rilasciato una cosa, come cosa a me legata, lo sia essa stata o no, io ho un titolo per acquistarla per mezzo della prescrizione; se non fu legata, non sarà pel titolo *pro legato*, ma pel titolo *pro suo*. *Quod legatum non sit, ab haerede tamen perperam traditum sit, placet a legatario usucapi, quia pro suo possidet*; *l.* 4, § 2, ff. *pro suo*.

89. Se taluno mi abbia venduto una cosa, e nel contratto m' abbia fatto la remissione del prezzo, questo contratto è nullo come vendita, ma è valido come donazione; e perciò può servire di titolo onde acquistare la cosa per mezzo della prescrizione: ciò non avrà luogo pel titolo *pro emptore*, ma bensì *pro donato*: *Donationis causa facta venditione, non pro emptore sed pro donato res tradita usucapitur*; *l.* 6, ff. *pro donato*.

§ 2. *Bisogna che il titolo non sia sospeso da qualche condizione.*

90. Acciocchè il tempo della prescrizione di una cosa possa cominciare a decorrere, bisogna che il titolo, da cui il possesso deriva, non sia sospeso da condizione alcuna: poichè sino a tanto che la condizione non è ancora verificata, essendo incerto se questo titolo avrà effetto, e se avrà fatto acquistare al possessore la cosa che possiede, costui non può possederla come cosa a sè appartenente, ma come cosa, che potrà appartenergli se la condizione verrà a verificarsi; e perciò non può ancora avere, riguardo a questa cosa quella *opinionem quaesiti dominii*, ch' è necessaria onde far correre il tempo della prescrizione, come abbiamo veduto *supra*. Conformemente a questi principj Paolo dice: *Si sub conditione emptio facta sit, pendente conditione emptor usu non capit*; *l.* 2, § 2, ff. *pro empt.*

91. Paolo aggiunge che la prescrizione non può correre prima della verificazione della condizione, quando anche il possessore credesse per errore che la condizione fosse verificata: *Idemque est, etsi putet conditionem extitisse, quae nondum extitit: similis est enim ei qui putat se emisse*; *d.* §.

La ragione è, che l' opinione *quaesiti dominii*, la quale è necessaria per far correre il tempo della prescrizione dev' essere un'opinione che risulti dal titolo da cui il possesso deriva; ora, finchè il titolo, da cui il possesso deriva, è sospeso da una condizione, non è ancora di tal natura da potere far credere al possessore che la cosa sia stata da lui acquistata. La falsa opinione che ha il possessore che la condizione siasi verificata, e ch' egli abbia in conseguenza acquistata la cosa comprata, essendo un' opinione che non risulta dal titolo da cui deriva il suo possesso, e non avendo un bastante fondamento, non può far correre la prescrizione; l' opinione che avesse un possessore d' aver comprata la cosa ch' ei possiede, e d' averne in conseguenza acquistata la proprietà, quando in realtà non l' avesse comprata, non basterebbe per far correre la prescrizione, poichè non ha un fondamento bastante; per la stessa ragione non dee farla correre la falsa opinione che ha il possessore che siasi verificata la condizione del suo contratto di acquisto.

92. Paolo propone in seguito il caso inverso, cioè quello in cui siasi verificata la condizione, senza che il possessore l' abbia saputo, e decide che il tempo della prescrizione comincia a correre dal giorno della verificazione della condizione, e non solamente dal giorno in cui il possessore lo seppe: *Contra si extitit et ignoret, potest dici* (*secundum Sabinum qui potius substantiam intuetur quam opinionem*) *usucapere eum*; *d.* §. La ragione si è che, sebbene, non avendo ancora saputo che la condizione erasi verificata, egli non abbia una opinione formale di aver acquistata

il legato, in qualunque modo sia dichiarata, lo distrugge interamente: per cui se l' erede, ancorchè abbia avuto cognizione della rivocazione, rilascia al legatario la cosa legata, questi non la possederà *pro legato*, non essendovi legato, ma la possederà *pro suo*, e potrà prescriverla *pro suo, o pro donato*, essendo una donazione il rilascio fattogli dall'erede.

la cosa, nulladimeno ha un fondamento per averla, lo che dee bastare per far correre il tempo della prescrizione; ed è questo uno de' casi in cui va applicata la seguente regola di diritto: *Plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione.* Instit. tit. *de leg.* § 11.

Secondo questi principj, se taluno mi abbia venduto uno stabile, stipulando per un altro da cui ha promesso di far ratificare la vendita, ancorchè egli mi abbia messo in possesso subito dopo il contratto, il tempo della prescrizione comincerà a correre soltanto dal giorno della ratifica. La vendita fattami essendo un titolo che dipende dalla condizione della ratifica di questo tale, la prescrizione non può cominciare a correre, secondo il principio da noi esposto, se non dal giorno della verificazione della condizione, mediante questa ratifica. Sinchè questo tale non abbia ratificato, rimane incerto se ratifichi, e se mi trasferisca il diritto che egli può aver nello stabile; io dunque non ho avuto, e non ho potuto avere, prima della ratifica, *opinionem quaesiti dominii*, che è assolutamente necessaria per far decorrere il tempo della prescrizione. Invano si opporrebbe che la ratifica ha un effetto retroattivo al giorno del contratto: ciò è vero tra le parti contraenti, ma essa non può avere un tale effetto a pregiudizio de' terzi, contro i quali dee decorrere la prescrizione.

93. Si osservi che le sole condizioni sospensive impediscono alla prescrizione di correre sino alla loro verificazione, che la cosa è altrimenti riguardo alle condizioni risolutive. La ragione di tale differenza si è, che le condizioni sospensive sospendono ed arrestano ogni effetto del contratto a cui sono apposte, sino alla verificazione. Quando, per esempio, una condizione sospensiva è apposta ad un contratto di vendita, è incerto sino alla sua verificazione, se la tradizione della cosa venduta, fatta in esecuzione di tal contratto abbia trasferito la proprietà; dunque il compratore riguardo a questa cosa non può avere prima della verificazione della condizione *opinionem dominii*, che è necessaria per far correre la prescrizione. Al contrario, le condizioni risolutive non sospendono e non arrestano l' effetto del contratto; esse lo distruggono soltanto per l' avvenire, quando le condizioni vengono a verificarsi. Per esempio, se siasi apposta ad un contratto di vendita una condizione resolutiva, questa condizione non arresta l'effetto del contratto, e non impedisce che la tradizione della cosa venduta, fatta al compratore in esecuzione del contratto, gliene trasferisca la proprietà dall' istante di tale tradizione; il compratore ha dunque da quest' istante una giusta opinione di averne acquistata la proprietà; e per conseguenza quand' egli non l' abbia acquistata, perchè il venditore non ne era proprietario, il tempo della prescrizione dee cominciare a correre da quest' istante a vantaggio del compratore, ed anche compirsi, sinchè la condizione risolutiva non si è ancora verificata.

Quindi nel caso della vendita che chiamasi *addictio in diem*, la quale è quella che vien fatta a taluno, sotto condizione di aver luogo soltanto nel caso che un altro non offra condizioni migliori entro un determinato tempo, per sapere se il tempo della prescrizione debba cominciare a correre a vantaggio del compratore dal giorno della tradizione della cosa venduta, ovvero dal giorno della verificazione della condizione. Paolo fa dipendere la questione dal sapere, se si debba riguardare una tal condizione come sospensiva, o come risolutiva; e decide, secondo l' opinione di Giuliano, che la condizione dee riguardarsi puramente come risolutiva, e che per conseguenza non deve arrestare il corso della prescrizione: *Si in diem addictio facta sit (id est, nisi quis meliorem conditionem attulerit), perfectam esse emptionem et fructus emptoris effici, et usucapionem procedere Julianus putabat; alii, et hanc sub conditione esse contractam; ille non contrahi* (1) *sed resolvi dicebat: quae sententia vera est*, *l.* 2, §. 4, ff. *pro empt.*

(1) *Sub conditione, sed tantum resolvi sub conditione.*

Paolo fa lo stesso esame riguardo ad altre condizioni; § 3 e 5.

§ 3. ***Bisogna che il giusto titolo, da cui deriva il possesso, continui ad essere il titolo di questo possesso durante tutto il tempo richiesto pel compimento della prescrizione.***

94. Acciocchè il giusto titolo, da cui deriva il possesso di un possessor di buona fede, possa operare la prescrizione, bisogna che continui ad essere titolo di questo possesso, durante il tempo richiesto pel compimento della prescrizione: se prima che si compia questo tempo sopravviene al possessore un nuovo titolo per la continuazione del suo possesso, il titolo col quale il possessore ha cominciato, non essendo più il titolo col quale continua, non può operare la prescrizione; il tempo della prescrizione che era cominciato a correre, è arrestato dal momento in cui cessa d' essere il titolo del possesso che continua; e se il titolo, in forza del quale il possesso continua, non è uno di quelli co' quali si può prescrivere, la prescrizione non potrà compirsi. Così insegna Pomponio: *Qui quum pro haerede vel emptore usucaperet* (1), *precario rogavit usucapere non potest*; *l.* 6, ff. *pro empt.*

ARTICOLO III.

Se l' opinione dell' esistenza di un giusto titolo, che in realtà non è esistito, possa dar luogo alla prescrizione.

95. Ordinariamente, per dar luogo alla prescrizione, non basta che un possessore creda che sia esistito un giusto titolo da cui il suo possesso derivi, se questo in realtà non è esistito. Non basta, per esempio, ch' egli creda che una tal cosa gli sia stata venduta o legata, se in realtà non è stata a lui nè legata nè venduta: *Celsus, lib.* 34, *Errare eos ait qui existimarent, cujus rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse: nihil referre emerit, nec ne: donatum sit, nec ne; si modo emptum vel donatum sibi existimaverit: quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit; idem et in litis aestimatione placet, ut, nisi quis vere litis aestimationem subierit, usucapere non possit*; *l.* 27, ff. *de usurp. et usucap.* Lo stesso è degli altri titoli di prescrizione; non basta, per esempio, acciocchè uno possa acquistare una cosa col mezzo della prescrizione *pro derelicto*, ch' egli abbia creduto che la cosa, di cui si è impadronito, sia una cosa abbandonata da colui che la possedeva, se questi non l' avesse realmente abbandonata: *Nemo potest pro derelicto usucapere qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam esse*; *l.* 6, ff. *pro derel.*

Specialmente, riguardo al titolo *pro emptore*, non basta, per acquistare una cosa col mezzo della prescrizione, che il possessore siasi falsamente persuaso di averla comprata, se non vi fu vendita, poichè è una circostanza particolare alla prescrizione *pro emptore*, l' esser necessario che il possessore sia di buona fede; non solo in tempo della tradizione da cui ha cominciato il possesso, ma anche in tempo del contratto, come abbiamo veduto *supra*; è dunque necessaria l' esistenza di un contratto: *Pro emptore possidet qui revera emit; nec sufficit tantum in ea opinione esse eum, ut putet se pro emptore possidere: sed debet etiam subesse causa emptionis. Si tamen existimans me debere, tibi ignoranti tradam, usucapies. Quare ergo, etsi putem me vendidisse et tradam, non capies usu? Scilicet quia in caeteris contractibus sufficit traditionis tempus: sic denique si sciens stipuler, rem alienam usucapiam, si, quum traditur mihi, existimem illius esse: at in emptione et illud tempus inspicitur quo contrahitur. Igitur et bona fide emisse debet, et possessionem bona fide adeptus esse*; *l.* 2, ff. *pro empt.*

96. Nulladimeno, anche riguardo al titolo *pro emptore*, quando l' opinione in cui è il possessore di possedere la cosa a titolo di vendita, an-

(1) *Id est, usucapionis tempus inchoaverat, et nondum compleverat.*

corchè la vendita non abbia realmente avuto luogo, ha un giusto fondamento; quest' opinione, ad un giusto fondamento appoggiata, equivale ad un titolo e può esser compresa sotto il titolo generale *pro suo*, e può quindi dar luogo alla prescrizione. Africano adduce per esempio il caso in cui io abbia dato commissione a taluno di comprarmi una cosa, ed il mio mandatario mi abbia consegnata questa cosa dicendomi di averla comperata in esecuzione della commissione a lui data: sebbene egli non l' avesse comprata, ma si fosse trovata già presso lui, il mandato da me datogli di comprarmi la cosa che mi ha consegnato, è per me un giusto fondamento per credere che la cosa sia stata comprata per me, e che abbia avuto luogo un contratto di vendita; e questa opinione in cui sono, appoggiata ad un tal fondamento, equivale ad un titolo, e dee dar luogo alla prescrizione della cosa che io possiedo con questa opinione: *Quod vulgo traditum est, eum, qui existimat se quid emisse, nec emerit, non posse pro emptore usucapere: hactenus verum esse ait, si nullam justam causam ejus erroris emptor* (1) *habeat. Nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse, atque ita tradiderit, magis esse, ut usucapio sequatur*; *l.* 11, ff. *pro empt.*

Paolo riferisce un altro esempio: un uomo ch' io non conosceva avere perduta la ragione, mi ha venduta e consegnata una cosa, senza darmi allora alcun segno del disordine della sua mente; questa vendita è nulla, poichè un pazzo non essendo capace di contrattare non vi è stata vendita; ma questa vendita nulla è per me, che non ho potuto indovinare la pazzia del venditore, un giusto fondamento di credere che la cosa mi sia stata venduta; e questa opinione in cui sono, avendo un giusto fondamento, equivale ad un titolo onde dar luogo alla prescrizione: *Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emptio*; *l.* 2, § 16 *ff. pro empt.*

(1) Questo possessore che credevasi compratore.

97. Mal a proposito scrisse Lemaitre, sullo Statuto di Parigi, che la decisione de' giureconsulti romani, i quali insegnano che la opinione d'un giusto titolo, benchè falsa, quando sia appoggiata ad un giusto fondamento, equivale ad un titolo e dà luogo alla prescrizione, non debba seguirsi nello Statuto di Parigi ed altri simili, che esigono per la prescrizione in termini formali un titolo, dicendo: *Se alcuno ha goduto o posseduto. . . . a giusto titolo ec.* L' opinione erronea di un titolo, qualunque fondamento esso abbia, dice quest' autore, non è un titolo, e non può per conseguenza supplire a quanto lo Statuto esige per la prescrizione; nè si dee estenderne la disposizione, quando si tratta di fare acquistare ad alcuno la cosa d'altri, spogliandone il vero proprietario.

La risposta si è, che l' opinione in cui trovasi il possessore, che il suo possesso deriva da un giusto titolo, ancorchè sia falsa, quando è appoggiata ad un giusto fondamento, è essa stessa un giusto titolo, compreso sotto il titolo generale *pro suo*: quindi un tal possessore può dire di esser compreso nelle parole dello Statuto di Parigi, e di aver posseduto a giusto titolo. Tale Statuto art. 113, e gli altri, hanno puramente inteso di adottare la decisione del diritto romano intorno alla prescrizione di dieci e di venti anni; dunque le loro disposizioni debbono intendersi ed interpretarsi secondo i principj del diritto romano, allorchè nulla ci obbliga ad allontanarcene.

ARTICOLO IV.

Come il possessore debba giustificare il titolo da cui deriva il suo possesso.

98. Spetta al possessore ad esibire il contratto o altro atto, ch'egli pretende essere il giusto titolo da cui deriva il suo possesso. Se, per esempio, pretende che derivi da una vendita fattagli dello stabile che possiede, dee provarla mostrando una copia del contratto stipulato avanti notajo.

Non è necessario che il contratto

di vendita sia stato approvato (*ensaisiné* (1)), neppure negli Statuti che sottopongono questi contratti ad una tale formalità; tale approvazione può essere necessaria per far correre il tempo del retratto, o per alcuni altri casi; ma per la prescrizione basta che il possessore giustifichi che il suo possesso deriva da una vendita o da qualche altro giusto titolo; e giustifica bastantemente l'esistenza di questa vendita, mostrando una copia del contratto stipulato avanti notajo, senza che siavi bisogno di tale approvazione.

99. Se la vendita dello stabile fatta al possessore, o qualunque altro giusto titolo da cui deriva il suo possesso, fosse stato steso in iscrittura privata, il possessore giustificherebbe bastantemente questo titolo, mostrando la scrittura privata.

Ma siccome le scritture private fanno bensì fede, anche contro ai terzi, che gli atti in esse contenuti hanno avuto luogo, ma non fanno fede egualmente contro ai terzi del tempo in cui hanno avuto luogo, a motivo della facilità con cui si può apporvi un' antidata, come abbiamo veduto nel nostro *Trattato delle Obbligazioni*, n. 750; così il possessore che ha giustificato il titolo da cui deriva il suo possesso, mostrando un atto privato, dee d'altronde provare col mezzo di testimonj il tempo che è durato il suo possesso derivante da questo titolo. Tale è la disposizione d' una decisione del 29 dicembre 1716, che trovasi nel sesto volume del Giornale delle Udienze.

100. Il possessore non è ammesso a provare con testimonj la vendita o il qualunque altro titolo da cui pretende che derivi il suo possesso, senonchè in tre casi: 1.° Quando l'atto non fu stipulato, e la cosa è d'un valore che non eccede le cento lire. 2.° Quando avvi di già un principio di prova per iscritto. 3.° Quando gli atti scritti sono periti per qualche accidente di forza maggiore, e che quest'accidente sia indubitato; per esempio, quando fossero periti nell'incendio della casa nella quale erano depositati; ed in generale, ogni qual volta il possessore può giustificare che si perdettero senza sua colpa. A questo caso noi dobbiamo applicare il seguente rescritto di Diocleziano e Massimiano: *Longi temporis possessione munitis, instrumentorum ammissio nihil juris aufert*; *l.* 7, *Cod. de praescr. long temp.*

Lo Statuto del Poitou ha una singolarissima disposizione, riguardo al giusto titolo da cui dee derivare il possesso del possessore di un immobile, che oppone la prescrizione di dieci o di venti anni; egli vuole che si creda al giuramento di questo possessore riguardo all' esistenza del titolo col quale dice d' aver egli stesso acquistato da un terzo l'immobile per cui oppone la prescrizione.

Allorchè questo possessore dice di aver acquistata la cosa dall' attore, se l' attore lo niega con giuramento, il possessore è obbligato a giustificare il titolo da lui allegato. Ma quando fa derivare il suo possesso, non dal suo proprio titolo, ma dal titolo del suo autore, non essendo questo titolo un fatto a lui proprio, non si crede al suo giuramento, ed è tenuto a giustificarlo.

Questa disposizione dello Statuto del Poitou, che vuole che si creda al giuramento del possessore intorno all' esistenza del suo titolo, dev' essere ristretta nel suo territorio; essa non si accorda in alcun modo coll' orribile corruzione de' costumi del nostro secolo, e coll' irreligione che fa tanti progressi, e che si professa così pubblicamente e così impunemente.

(1) *Ensaisinement* si diceva il metter taluno nel possesso. Questo possesso si accordava dal *Signore* nel cui territorio si trovava lo stabile venduto, per lo che si pagava una certa contribuzione. Questo *ensaisinement* si metteva in margine del contratto, e perciò lo abbiamo tradotto per *approvazione*, ma effettivamente non era che una specie di possesso proveniente dall' antico diritto feudale. Edit.

CAPITOLO IV.

Del tempo della prescrizione; e dell' unione del tempo del possesso del successore con quello del suo autore.

ARTICOLO PRIMO.

Del tempo della prescrizione.

101. Il tempo della prescrizione degli stabili o altri immobili, stabilito nell' art. 113, dello Statuto di Parigi, è di dieci anni fra presenti e di venti fra gli assenti: *Se alcuno ha goduto e posseduto per dieci anni fra presenti, e vent' anni fra assenti.*

Questo tempo è lo stesso di quello della prescrizione *longi temporis*, nella quale Giustiniano ha trasformato l' antica usucapione; e che lo Statuto di Parigi sembra aver voluto adottare.

102. Gli anni si contano per un certo numero di giorni, e non per un certo numero di ore o di momenti; quindi il tempo di questa prescrizione di dieci o di venti anni, non dee contarsi *a momento ad momentum*, e basta che l' ultimo giorno del decimo o del ventesimo anno sia cominciato, perchè il tempo della prescrizione sia compito: *In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus; l.* 6, ff. *de usurp. et usucap. In usucapione ita servatur, ut etiam si minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus; l.* 15, ff. *de div. temp. praescr.*

Se, per esempio, io fui messo in possesso di uno stabile il primo gennajo 1780, benchè nelle ultime ore del giorno, appena comincia il giorno 31 dicembre 1790, ch' è l' ultimo de' dieci anni, io ho compito il tempo della prescrizione, ed ho acquistato lo stabile, e se il padrone spiegasse in questo giorno la domanda di rivendicazione, essa sarebbe troppo tarda.

In ciò queste prescrizioni differiscono da quelle che sono stabilite contro le azioni personali che i creditori hanno verso de' loro debitori, le quali si compiono soltanto dopo che sia interamente trascorso l'ultimo giorno del tempo della prescrizione: *In omnibus temporalibus actionibus nisi novissimus totus dies compleatur, non finitur obligatio; l.* 6, ff. *de obligat. et act.*

La ragione di tale differenza si è, che nella prescrizione contro le azioni personali, la legge ha per oggetto di punire la negligenza del creditore; essa gli prescrive un certo tempo entro al quale vuole che intenti la sua azione, sotto pena di non esservi più ammesso dopo, e l' ultimo giorno di questo tempo ne costituisce esso pure una parte. Quindi il creditore, che intenta la sua azione l' ultimo giorno, è ancora in tempo di esercitarla; egli vi è ammissibile e la prescrizione ha luogo soltanto dopo che quest'ultimo giorno è interamente trascorso. Al contrario, nella prescrizione di dieci o venti anni, ch' è stata adottata in vece dell' usucapione, la legge ha per oggetto di soccorrere il possessor di buona fede: essa non vuole ch' ei resti perpetuamente esposto alle evizioni, e lo fa divenir proprietario dello stabile che ha posseduto di buona fede per dieci o venti anni; ora, gli anni contandosi per giorni e non per ore, quand' egli è arrivato all' ultimo giorno del decimo o del vigesimo anno del suo possesso, si dee dire che ha posseduto per dieci o venti anni, e che ha compito il tempo della prescrizione.

103. Lo Statuto dice: *Per dieci anni fra presenti e venti fra gli assenti.* Giustiniano nella legge ultima *Cod. de praescr. long. temp.* definisce quando la prescrizione si reputi correre fra presenti, e quando fra assenti. Egli dice che la prescrizione si reputa decorsa fra presenti, quando tanto l'attore quanto il possessore che gli oppone la prescrizione, erano domiciliati nella stessa provincia; e che si reputa decorsa fra assenti, quando erano domiciliati in provincie diverse,

nulla influendo per altro il luogo in cui era situato lo stabile che forma l' oggetto della controversia : *Sancimus debere in hujusmodi specie utriusque personae tam petentis quam possidentis spectari domicilium: ut tam is, qui domini vel hypothecae quaestionem inducit, quam is qui res possidet, domicilium habeat in uno loco, id est in una provincia. . . . . . De rebus. . . nullu est differentia, sive in eadem provincia sint, sive in vicina, vel trans mare positae*; *d. l.*

Ciò vuole indicarci lo Statuto di Parigi allorchè dice nell' art. 116: *Si reputano presenti coloro che dimorano nella città, prevostura e viscontea di Parigi*. In una parola, la prescrizione si reputa tra presenti, quando tanto il possessore che prescrive, quanto il proprietario contro di cui prescrive, dimorino sotto la giurisdizione dello stesso baliaggio reale o siniscalchia reale; essa decorre al contrario tra assenti, quando dimorino in baliaggi diversi. Lo Statuto di Meaux lo dice espressamente nell' art. 82: *Si reputano per presenti quelli che dimorano nello stesso baliaggio reale.*

104. Se un baliaggio sia diviso in più sedi, come quello di Orleans, da cui dipendono quelli di Beaugenci, d' Yenville, ec., il possessore ed il proprietario si reputano presenti, quando dimorino ambedue nel baliaggio, ancorchè siano sotto diverse sedi particolari di questo baliaggio.

105. Quando il luogo del domicilio di una delle parti è bensì sotto ad un baliaggio diverso da quello in cui è domiciliata l' altra parte, ma è in esso rinchiuso da ogni parte, io avrei della pena a non ritenere in questo caso la prescrizione come tra presenti.

Lo stesso si dica del caso in cui i loro domicilj fossero bensì in diversi baliaggi, ma sul confine di ciascuno de' baliaggi stessi, cosicchè fossero lontani soltanto una lega o due, o anche meno.

106. Purchè il possessore che prescrive, ed il proprietario contro cui ei prescrive, dimorino nello stesso baliaggio, la prescrizione si reputa correre tra presenti, per quanto lontano sia il luogo in cui è situato lo stabile che forma l' oggetto della prescrizione, come abbiamo veduto *supra*, n. 103.

Lo Statuto di Sedan si è allontanato dal diritto comune, giudicando della presenza e della assenza in ragione della lontananza del luogo in cui è situato lo stabile; ecco le sue espressioni, *art.* 313: *Sono riputati presenti coloro che dimorano entro dieci leghe all' intorno della situazione dello stabile; e quelli che dimorano più lontano di dieci leghe sono riputati assenti.* Secondo questo Statuto, la prescrizione è tra presenti, quando il proprietario contro di cui si prescrive dimora entro dieci leghe all' intorno dello stabile.

107. Quando noi diciamo che la prescrizione corre tra presenti, allorchè tanto il possessore quanto il proprietario hanno il loro domicilio nello stesso baliaggio, è evidente che intendiamo parlare del domicilio di fatto e residenza, nel senso in cui lo prende l' Ordinanza del 1667, quando dice che gli atti di citazione debbono essere fatti alla persona o al domicilio.

Quindi, acciocchè il tempo della prescrizione si reputi correre fra presenti, basta che tanto il possessore che prescrive, come il proprietario contro di cui prescrive, abbiano il loro domicilio di fatto e di residenza nello stesso baliaggio, quand' anche questo domicilio non fosse il loro domicilio di diritto; ed all' incontro, non basterebbe che ambedue avessero il loro domicilio di diritto nello stesso baliaggio, se l' uno di essi non vi dimorasse attualmente.

Per esempio, nel caso in cui avendo il mio domicilio di diritto in Parigi, dove sono nato, e dove ho idea di ritornare, io dimorassi in Orleans ove esercito un impiego amovibile; se da che vi dimoro ho posseduto in buona fede ed in virtù di un giusto titolo uno stabile, il cui proprietario, contro al quale decorre la prescrizione, dimora nel baliaggio di Orleans, il tempo della prescrizione si riputerà decorso tra presenti, sebbene Orleans non sia il mio vero domicilio, non intendendo io di farvi una perpetua dimora, ma di restarvi soltanto pel tempo che durerà il mio

impiego. All' incontro, se il proprietario dello stabile che ho posseduto da che dimoro in Orleans dimorasse a Parigi, sebbene Parigi sia il luogo del mio domicilio di diritto, e le di cui leggi regolano la mia persona, basta che non vi abbia avuto la mia dimora di fatto durante il tempo del mio possesso, perchè il tempo della prescrizione si reputi decorso *inter absentes*.

108. Quando una delle parti, sia il possessor che prescrive, sia il proprietario contro cui si prescrive, abbia due case in due diversi baliaggi, in ciascuna delle quali dimora metà dell' anno, senza che si possa distinguere quale delle due sia quella in cui fa la sua principale dimora, si reputa che egli abbia due domicilj, e che sia presente in ciascuno de' baliaggi in cui sono poste tali case, in guisa che basta che l' altra parte abbia la sua dimora in uno dei due baliaggi perchè la prescrizione si reputi decorsa fra presenti.

109. Quando una delle parti, sia il possessore che prescrive, sia il proprietario contro cui si prescrive, non ha dimora fissa in nessuna parte, il tempo della prescrizione dee riputarsi decorrere fra assenti, e dee in conseguenza essere di venti anni, poichè il possessore ed il proprietario, essendo riputati presenti a causa del domicilio che essi hanno nello stesso baliaggio, ne viene di conseguenza che colui che non ha domicilio in alcuna parte, non può essere in alcuna parte riputato presente, e per conseguenza il tempo della prescrizione non dee riputarsi decorrere fra presenti.

110. Quando il tempo della prescrizione è cominciato fra presenti, e, prima che sia compito, il possessore che prescrive, o il proprietario contro cui si prescrive, trasferisce il suo domicilio in un altro baliaggio, pel compimento della prescrizione bisognerà raddoppiare soltanto quel tempo che restava a decorrere per la prescrizione di dieci anni. Se, per esempio, prima che avessero cessato di dimorare nello stesso baliaggio, fossero già scorsi sei anni, bisognerà raddoppiare il tempo di quattro anni che restava a correre per la prescrizione; in guisa che, oltre ai sei anni già decorsi, ne saranno necessarj ancora otto per compiere la prescrizione.

Nel caso inverso, quando la prescrizione è cominciata a correre fra assenti, e, prima che fosse compiuto il tempo di venti anni necessario per la prescrizione fra assenti, il possessore ed il proprietario si sono avvicinati ed hanno dimorato nello stesso baliaggio, il tempo per la prescrizione fra presenti essendo la metà di quello richiesto per la prescrizione fra assenti, per compire la prescrizione basterà la metà del tempo che bisognava per compiere la prescrizione di venti anni allorchè hanno cominciato a dimorare nello stesso baliaggio. Se, per esempio, erano scorsi dodici anni per compiere la prescrizione, ne saranno necessarj solo altri quattro, metà degli otto che restavano a decorrere per la prescrizione di venti anni, lo che fa in tutto anni sedici.

111. Quando alcuno prescrive uno stabile contro due proprietarj per indiviso, l' uno dei quali dimora nello stesso baliaggio, e l' altro in un baliaggio diverso, il possessore acquista la parte di colui che dimora nello stesso baliaggio dopo aver posseduto per dieci anni; ma gli saranno necessarj altri dieci anni di possesso per acquistare la parte dell' altro.

Egualmente, quando due persone che posseggono per indiviso uno stabile, dimorano una nello stesso baliaggio del proprietario, e l' altra in un baliaggio diverso, quella sola che dimora nel baliaggio stesso, con dieci anni di possesso acquisterà la parte che possiede, e l' altra non potrà acquistare la sua, se non con venti anni di possesso.

Nell' uno e nell' altro caso, allorchè la cosa, che costituisce l' oggetto della prescrizione, è un diritto indivisibile, la prescrizione non potrà compirsi, se non con venti anni di possesso; poichè una cosa indivisibile non essendo suscettibile di parti, non può acquistarsi in parti, ma solo pel totale; quindi i possessori di questo diritto indivisibile non possono compire la prescrizione sennonchè tutti insieme, e contro tutti i proprietarj insieme.

ARTICOLO II.

Dell' unione del possesso del successore con quello del suo autore.

Avvi a questo proposito una gran differenza fra gli eredi ed altri successori a titolo universale, ed i successori a titolo particolare.

§ 1. *Degli eredi ed altri successori universali.*

112. Riputandosi che l' erede sia la continuazione del defunto, il suo possesso si reputa essere la continuazione del possesso del defunto, e formare insieme un solo e medesimo possesso. Da questo principio se ne deducono due corollarj.

113. *Primo corollario*: il possesso del defunto e quello del suo erede non essendo che un solo possesso, e la buona fede del possessore essendo richiesta soltanto, secondo i principj del diritto romano, nel tempo in cui il possesso è conosciuto, quando il defunto avesse posseduto in buona fede uno stabile, e fosse morto prima che sia compito il tempo della prescrizione, il suo erede, ancorchè fosse in mala fede e conoscesse che lo stabile non apparteneva al defunto, poteva, secondo i principj del diritto romano, acquistarlo per mezzo della prescrizione, continuando a possederlo durante il tempo che restava a correre per la prescrizione: *Si defunctus bona fide emerit* (1), *usucapietur res, quamvis haeres scit alienam esse*; *l.* 2, § 19, ff. *pro empt.*

Questo corollario non ha luogo nel nostro diritto francese; poichè, secondo i principj di un tale diritto, la buona fede del possessore dovendo durare per tutto il tempo del possesso necessario per prescrivere, l'erede che è in mala fede e che conosce che lo stabile non apparteneva al defunto, non può, continuando a possederlo, acquistarlo per mezzo della prescrizione, perchè il suo possesso è di mala fede.

114. *Secondo corollario*: il possesso dell' erede, essendo la continuazione di quello del defunto, ha le stesse qualità che aveva quello: quindi se il possesso che il defunto aveva di uno stabile, era un possesso ingiusto, senza titolo, o di mala fede, ancorchè l' erede sia in buona fede e creda che lo stabile appartenesse al defunto, il possesso ch'egli continuerà ad averne sarà riputato un possesso ingiusto, come era quello del defunto, di cui questo è la continuazione; e non potrà acquistarlo, qualunque siasi il tempo per cui l' avrà posseduto: *Quum haeres in omne jus defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit* . . . . *usucapere non poterit quod defunctus non potuit. Idem juris est quum de longa possessione quaeritur*; *l.* 11, ff. *de divers. temporal. praescript.*

115. Allorchè tanto il defunto quanto il suo erede sono stati possessori di buona fede, non v' ha dubbio che l' erede, per compire la prescrizione, può unire il tempo del possesso del defunto al suo. Ma per ciò bisogna che non vi sia stata interruzione; e questa non v' è stata, se il defunto possedeva lo stabile nel momento della sua morte, e se dopo la sua morte non l' ha posseduto alcun altro fuori del suo erede; poichè per la massima *il morto impossessa il vivo*, che è osservata nel nostro diritto francese, si reputa che l' erede, subito dopo la morte del defunto, abbia continuato a possedere lo stabile che il defunto aveva posseduto sino alla sua morte.

Anche secondo il diritto romano, che non ammetteva la massima *il morto impossessa il vivo*, non avvi in questo caso interruzione di possesso; poichè si reputava che, dopo la morte, l' eredità giacente continuasse a possedere per l' erede lo stabile che aveva posseduto il defunto. Perciò Paolo dice: *Vacuum tempus quod ante aditam haereditatem, vel post aditam intercessit, ad usucapionem haeredi procedit*; *l.* 31, § 5, ff. *de usurp. et usucap.* La ragione si è che *haeres et haereditas, tam etsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur*; *l.* 22. *d. tit.*

116. Ma quando, prima o dopo

(1) *Supple: eique res tradita sit, eamque inceperit bona fide possidere.*

della morte del defunto, un terzo, mediante usurpazione, abbia acquistato il possesso dello stabile che possedeva il defunto, e dopo l'erede glielo abbia fatto rilasciare, avvi in questo caso una interruzione; e l'erede che è rientrato in possesso dello stabile non può unire il suo possesso a quello che ne ha avuto il defunto.

117. Se taluno abbia comprato uno stabile che sapeva non appartenere al suo venditore, ed essendo morto prima che gliene sia stata fatta la tradizione, questa sia stata fatta al suo erede ch' era in buona fede e credeva che lo stabile appartenesse a colui che gliene faceva la tradizione, quest' erede potrà acquistarlo per mezzo della prescrizione? La ragione di dubitare è che non si può dire in questo caso che l'erede sia succeduto ad un possesso vizioso del defunto; infatti non avendo mai il defunto avuto il possesso di questo stabile, quello che ne ha l'erede è un possesso che è incominciato nella sua persona, e ch' era di buona fede nel suo principio.

Non ostante queste ragioni, si dee decidere che l'erede non può in questo caso acquistare lo stabile per mezzo della prescrizione: la ragione è che il titolo, da cui deriva il possesso di quest' erede, è la vendita dello stabile fatta al defunto, è il titolo *pro emptore*; ora, per la prescrizione *pro emptore*, la buona fede è richiesta non solo nel tempo della tradizione in cui comincia il possesso del compratore, ma altresì nel tempo del contratto; senza di che il titolo è riputato vizioso, *supra*, *n.* 95. Non essendo dunque stato il defunto compratore di buona fede, ed avendo saputo nel tempo del contratto che lo stabile non apparteneva al venditore, il possesso del suo erede, che deriva da questo titolo, deriva da un titolo vizioso, ed è un possesso ingiusto che non può produrre la prescrizione.

118. Ciò che abbiamo detto, cioè che l'erede di un possessor di mala fede, ancorchè creda in buona fede che lo stabile appartenesse al defunto, non può acquistare per mezzo della prescrizione, qualunque sia il tempo del suo possesso, ha parimenti luogo riguardo a tutti gli altri successori universali di un possessor di mala fede, come sono i suoi legatarj o donatarj universali. Imperciocchè questi successori universali sono tenuti a tutti i debiti del defunto, e per conseguenza sono tenuti all' obbligazione che il defunto possessor di mala fede ha contratto di restituire lo stabile, per la cognizione che aveva di non esserne proprietario. Ora è evidente, che quest' obbligazione di rendere lo stabile, a cui sono tenuti i suoi successori universali, è per essi un ostacolo perpetuo alla prescrizione di esso.

§ 2. *De' successori a titolo particolare.*

119. Un successore a titolo particolare, come un compratore, un donatario, o un legatario di un certo stabile, quando lo possiede di buona fede, se il suo autore, cioè colui che glielo ha venduto o donato, lo possedeva egli stesso di buona fede, può, onde compire la prescrizione, unire al suo il tempo del possesso del suo autore.

Per esempio, se Pietro possessore di buona fede di uno stabile appartenente a Giacomo, dopo averne avuto per sei anni il possesso derivante da un giusto titolo, me lo abbia venduto e mi abbia messo in possesso, dopo averlo posseduto per altri quattro anni, io avrò compito il tempo della prescrizione *inter praesentes*, unendo ai miei quattro i sei anni del possesso di Pietro, purchè Giacomo abbia avuto il suo domicilio nello stesso baliaggio in cui aveva il domicilio Pietro, ed in cui ho avuto il domicilio io, durante il tempo che è decorso il possesso.

La ragione si è, che colla tradizione di una cosa che si fa ad alcuno, in esecuzione di un titolo di sua natura traslativo di proprietà, si ha intenzione di trasferirgli tutti i diritti che si hanno, tanto nella cosa, quanto riguardo alla cosa; quindi, allorchè un possessor di buona fede mi ha fatta la tradizione di una cosa che mi ha venduta, non potendo trasferirmi il diritto di proprietà ch' egli non ha, mi trasferisce *causam usu-*

capionis; mi mette ne' suoi diritti, per acquistarne la proprietà colla prescrizione, compiendo il tempo del possesso che ha cominciato ad avere di questa cosa.

120. Acciocchè il successore a titolo particolare possa valersi del possesso del suo autore, bisogna che tanto il possesso dell' autore, quanto il suo siano possessi giusti: *Ne vitiosae quidem possessioni ulla potest accedere; sed nec vitiosa ei quae vitiosa non est; l.* 14, § 13; *ff. de acquir. possess.*

Bisogna 1.° che il possesso del successore sia un possesso giusto: *Nec vitiosae possessioni ulla potest accedere.* Se, per esempio, mi avete venduto una cosa, per la quale avevate già cominciato il tempo della prescrizione, possedendola in buona fede in virtù di un giusto titolo, se io sapeva ch' essa non vi apparteneva, non potrò valermi del tempo del vostro giusto possesso, perchè il mio è un possesso di mala fede. *Si eam rem quam pro emptore usucapiebas* (1), *scienti mihi alienam esse vendideris, non capiam usu*; *l.* 2, § 17, *ff. pro empt.*

In ciò il successore a titolo particolare, secondo i principj del diritto romano, differiva dall' erede il quale, ancorchè avesse saputo che la cosa non apparteneva al defunto, poteva, continuando a possederla, acquistarla col mezzo della prescrizione. Ma noi abbiam veduto, *supra, n.* 113, che, secondo il nostro diritto francese, il quale richiede la buona fede durante tutto il tempo del possesso, l' erede, che non ha questa buona fede, continuando a possedere la cosa, non può acquistarla per mezzo della prescrizione, al pari del successore a titolo particolare.

121. Bisogna 2.° per unire il possesso del successore con quello dello autore, che quello dell' autore sia stato egualmente un giusto possesso; altrimenti il successore non potrà unirlo al suo, sebbene il suo sia un possesso giusto; ciò è espresso da queste ultime parole della massima surriferita. *Sed nec vitiosa ei quae vitiosa non est.*

122. Il vizio del possesso dell' autore impedisce bensì al suo successore a titolo particolare, che sia possessor di buona fede, di unire il possesso del suo autore col suo, ma non impedisce a tal successore a titolo particolare di acquistare col mezzo della prescrizione la cosa ch' ei possiede in buona fede, allorchè l' avrà egli stesso posseduta, durante il tempo richiesto per la prescrizione: *An vitium auctoris, vel donatoris, vel ejus qui mihi rem legavit, mihi noceat, si forte auctor meus justum initium possidendi non habuit, dicendum est? Et puto neque nocere neque prodesse: nam denique et usucapere possum quod auctor meus usucapere non potuit*; *l* 5. *ff. de div. temp. praescr.*

In ciò un successore a titolo particolare differisce da un erede, il quale, ancorchè sia in buona fede, non può giammai acquistare col mezzo della prescrizione, per qualunque siasi lasso di tempo, la cosa che il defunto possedeva di mala fede, come abbiam veduto, *supra, n.* 114.

La ragione di tale differenza si è, che un erede essendo la continuazione della persona del defunto, il possesso dell' erede non è che la continuazione del possesso del defunto, e dee per conseguenza avere le stesse qualità e gli stessi vizj: inoltre lo erede è succeduto nell' obbligazione, che aveva contratta il defunto di restituire la cosa, la quale obbligazione resiste alla prescrizione; al contrario un successore a titolo particolare non succede, nè alla persona, nè alle obbligazioni del suo autore; il suo possesso è un possesso che gli è proprio e col quale, senza servirsi di quello del suo autore, può acquistare per prescrizione la cosa ch' ei possiede in buona fede.

123. Il successore a titolo particolare, essendo surrogato in tutti i diritti del suo autore, riguardo alla cosa di cui gli è stata fatta la tradizione, per compire il tempo della prescrizione, può unire al suo possesso, non solo quello del suo autore, ma eziandio quello degli autori del suo autore, che quest' autore a cui

(1) *Idest, circa quam tempus usucapionis inchoaveras.*

egli è surrogato, avea diritto d' unire al suo; purchè però questi siano tutti giusti: *Accessio possessionis fit, non solum temporis quo apud eum fuit, unde is emit: sed et* (1) *qui ei vendidit, unde tu emisti*; *l.* 5, § 1, ff. *de div. temp. praescr.*

124. Si osservi che è necessario il concorso di tre cose riguardo al possesso dell' autore, acciocchè il successore a titolo particolare possa unirlo al suo.

1.° Bisogna che questo possesso sia giusto, cioè che derivi da un giusto titolo, e che sia di buona fede, come abbiam già veduto.

2.° Bisogna che questo possesso dell' autore sia contiguo a quello del successore a titolo particolare: se vi è stata interruzione, il successore non potrà unirlo al suo, poichè per la prescrizione è necessario un possesso non interrotto.

Supponiamo, per esempio, che Pietro possessor di buona fede d' un piccolo terreno, di cui non era proprietario, me l' abbia venduto, e che prima ch' egli me ne facesse la tradizione, un usurpatore se ne sia impadronito, e ne abbia acquistato il possesso col decorso di un anno e di un giorno; Pietro avendomi surrogato ne' suoi diritti, io ho spiegato la domanda di rivendicazione contro l' usurpatore, il quale mi ha rilasciato il terreno; ma per acquistarlo per mezzo della prescrizione contro di colui che ne è il vero padrone, bisogna che io stesso lo possegga durante tutto il tempo richiesto per la prescrizione; poichè io non posso unire al mio possesso nè quello dell' usurpatore, perchè egli non è il mio autore, e perchè d' altronde il suo possesso è ingiusto, nè quello di Pietro mio autore, perchè non è contiguo al mio.

3.° Acciocchè il successore possa unire il possesso del suo autore al suo, bisogna che questo possesso sia quello che il suo autore ha avuto sino alla tradizione a lui fatta, nei diritti del qual possesso il suo autore l' ha surrogato; ma se dopo la tradizione, e dopo che il successore ha posseduto durante qualche tempo la cosa, il suo autore l' ha posseduta di nuovo, e il suo successore l' abbia di poi ricuperata, il successore non potrà unire al suo possesso questo nuovo possesso del suo autore; un tale possesso che il suo autore ha avuto dopo la tradizione che gli ha fatto della cosa, non essendo quello, ne' cui diritti l' ha surrogato colla fattagli tradizione: *Hae accessiones non tam late accipiendae sunt, quam verba earum patent*; *ut, etiamsi post venditionem traditionemque rei tradita apud venditorem res fuerit, proficiat id tempus emptori*; *sed illud solum quod ante fuit*; *l.* 15, § 5, ff. *de div. temp. praescr.*

CAPITOLO V.

Dell' effetto della prescrizione di dieci o venti anni.

125. Giustiniano avendo riunito il diritto di usucapione degli stabili colla prescrizione di dieci o venti anni, stabilita colla sua costituzione, e che lo Statuto di Parigi ha adottata nell' art. 113, questa prescrizione è un vero diritto di usucapione, che fa acquistare al possessore il dominio di proprietà dello stabile o altro immobile, ch' egli ha posseduto in virtù di un giusto titolo, ed in buona fede, durante il tempo richiesto pel compimento della prescrizione.

Varj Statuti i quali, come quello di Parigi, hanno adottato questa prescrizione, si sono formalmente spiegati. Quello di Senlis, *art.* 118, dice: *egli acquista per prescrizione la proprietà e signoria*. Quello di Angiò, dice egualmente, *art.* 431, *ha acquistato il diritto di proprietà della cosa*. Quello del Valese, *art.* 120, *ha acquistato e guadagnato il diritto della cosa*.

126. La prescrizione di dieci o venti anni non solo fa acquistare al possessore il dominio di proprietà

(1) *Supple, sed et temporis quo res fuit apud eum qui ei vendiderit etc.*

dello stabile, ma glielo fa acquistare eziandio tanto liberamente e pienamente, quant' egli ha creduto in buona fede di averlo, ed estingue *ipso jure* le rendite fondiali, le ipoteche e gli altri pesi reali cui lo stabile era soggetto, e che non sono stati dichiarati al possessore nel suo contratto di acquisto, e ch' egli ha ignorati.

In ciò, secondo il diritto romano, la prescrizione di dieci o di venti anni aveva un effetto maggiore dell' antico diritto di usucapione, poichè questo facea bensì acquistare il dominio, ma lo faceva acquistare nel modo che l' aveva avuto l' antico proprietario, con tutte le ipoteche ed altri pesi cui lo stabile era soggetto: *Non mutat usucapio superveniens pro emptore vel pro haerede, quominus persecutio pignoris salva sit; ut enim ususfructus usucapi non potest, ita persecutio pignoris quae nulla societate dominii conjungitur, sed sola conventione constituitur, usucapione rei non perimitur*; *l.* 44, § 5, ff. *de usurp. et usucap.*

Al contrario, riguardo alla prescrizione di dieci o venti anni gl' imperatori Diocleziano e Massimiano rispondono: *Neque data pignori praedia post intervallum longi temporis tibi auferenda sunt, quando etiam praesentibus creditoribus decem annorum praescriptionem opponi posse, tum rescriptis nostris quam priorum principum statutis probatum sit*; *l.* 2, Cod. *si adv. cred. praescr.*

La ragione della differenza era, che l' usucapione era stata stabilita soltanto per acquistare il dominio civile delle cose *mancipii*, ed i diritti reali che i terzi hanno nelle cose, non erano suscettibili della prescrizione di dieci e venti anni.

Lo Statuto di Parigi ha parimenti attribuito alla prescrizione di dieci o venti anni l' effetto di far acquistare al possessore, il quale in virtù di un giusto titolo abbia posseduto in buona fede uno stabile, durante il tempo richiesto per la prescrizione, la liberazione di tutte le ipoteche, rendite feudali ed altri pesi reali cui questo stabile è soggetto, se non sono state dichiarate a questo possessore nel suo contratto di acquisto, e s' egli le ha ignorate. Esso ha su di ciò una disposizione espressa nell' art. 114, concepito in questi termini: « Quand' alcuno ha posseduto e goduto da sè stesso o per mezzo de' suoi predecessori, dei quali egli ha i diritti e causa, uno stabile o una rendita a giusto titolo ed in buona fede, per dieci anni fra presenti, e venti fra assenti, di età maggiori e non privilegiati, liberamente e pacificamente, senza inquietudine d' alcuna rendita o ipoteca, un tal possessore del detto stabile e rendita l' ha acquistato per prescrizione contro a tutte le rendite ed ipoteche che si pretendessero sul detto stabile o rendita ».

127. La prescrizione stabilita con quest' articolo, è differentissima da un' altra specie di prescrizione, di cui noi abbiam parlato nel nostro *Trattato delle Obbligazioni*, la quale risulta soltanto dalla negligenza del creditore a domandare ciò che gli è dovuto; questa, avendo egli mancato di spiegar la sua azione nel tempo dalla legge prescritto, lo rende dopo questo tempo non ammissibile ad intentarla, in pena della sua negligenza. Noi abbiamo chiamato questa specie di prescrizione, *prescrizione ad effetto di liberare*, ed al contrario la prescrizione stabilita nell' art. 114 è una *prescrizione ad effetto di acquistare*. Questa è fondata sul giusto possesso che il possessore ha avuto dello stabile, durante il tempo richiesto per la prescrizione, e sulla giusta opinione in cui egli era, di averne il dominio libero e sgombro da ipoteche, rendite, ed altri pesi reali, cui questo stabile era soggetto, e che non gli erano stati dichiarati nel suo contratto di acquisto; ed in conseguenza di questo possesso di buona fede, la legge gli fa acquistare ciò che manca alla prescrizione del suo dominio, liberando lo stabile dalle dette ipoteche, rendite, ed altri pesi cui era soggetto.

128. Questa prescrizione essendo unicamente fondata sul giusto possesso che si è avuto dello stabile, durante il tempo richiesto per la prescrizione, senza che il possessore abbia avuto, durante questo tempo,

cognizione delle rendite ed ipoteche cui lo stabile era soggetto mediante questa prescrizione lo stabile ne resta liberato quando, anche durante tutto questo tempo, il creditore fosse stato pagato delle rendite da quelli che ne erano debitori personali; i quali continueranno ad essere debitori. Lo statuto di Parigi ha su di ciò un' espressa disposizione nell' art. 115, il quale dice: « Ha luogo la detta prescrizione, supposto che la detta rendita sia stata pagata da colui che l' ha costituita senza saputa del possessore ».

129. Questa prescrizione ha luogo, sia che il possessore abbia acquistato lo stabile da colui che ne era proprietario, e che non gli ha dichiarate le ipoteche, rendite, o altri pesi cui il suo stabile era soggetto, sia che l'abbia acquistato da taluno che non era proprietario.

130. Osservate riguardo al caso in cui il possessore abbia acquistato lo stabile in buona fede da taluno che non ne era proprietario, che, per poter acquistare con questa prescrizione la liberazione delle rendite, ipoteche, ed altri pesi cui lo stabile era sottoposto, bisogna che ne abbia preventivamente acquistato con questa prescrizione la proprietà, poichè per *rerum naturam*, il solo proprietario di uno stabile può acquistare ciò che manca alla perfezione del suo diritto di proprietà, e la liberazione da' pesi cui il suo stabile è soggetto.

Secondo questo principio, sebbene io abbia posseduto per dieci anni uno stabile soggetto ad una rendita fondiale, che appartiene ad una persona di età maggiore dimorante nello stesso baliaggio in cui io dimoro, se il proprietario fosse un minore, contro il quale non ha potuto correre il tempo della prescrizione durante la sua minor età, lo stabile non sarà liberato dalla rendita, sino a che non abbiane acquistata la proprietà col compimento del tempo della prescrizione dopo la maggior età del proprietario, non potendo acquistare la liberazione di un peso di uno stabile prima che questo mi appartenga. Quindi, se prima che fosse compito il tempo della prescrizione contro al proprietario, questi mi evince il suo stabile, il creditor della rendita potrà domandarla contro al padrone, poichè lo stabile non è stato liberato.

131. Ma, sebbene il tempo della prescrizione non sia ancora compito contro al proprietario dello stabile, e sebbene *in rei veritate*, io non ne abbia ancora acquistato la proprietà, nè conseguentemente la liberazione dalle rendite cui esso è soggetto, nulladimeno se il proprietario rimane in silenzio e non lo rivendica, essendone io riputato proprietario per la sola qualità che ho di possessore, sinchè il vero proprietario non si fa conoscere e non lo rivendica, io potrò opporre la prescrizione contro la domanda del creditore che fosse di età maggiore e presente, durante tutto il tempo del mio possesso, e sostenere ch' io ho acquistato, per mezzo della prescrizione, la liberazione dalle rendite cui era sottoposto, senza ch' egli possa replicare ch' io non sono ancora proprietario dello stabile, e che per conseguenza non ho potuto acquistare la liberazione dai pesi cui esso era soggetto, imperciocchè ciò sarebbe servirsi di una eccezione tratta dal diritto altrui, lo che non dee essere ammesso; e basta ch' io sia possessore perchè debba essere riputato proprietario sinchè non si presenta alcun altro, e perchè debba esser riputato in conseguenza ch' io abbia acquistato per mezzo della prescrizione la liberazione della rendita. Noi vedremo, intorno a questa prescrizione, 1.° quali sieno i pesi reali che vi sono soggetti; 2.° a vantaggio di chi, e contro chi decorra questa prescrizione; 3.° quali qualità debba avere il possesso onde produrre questa prescrizione ed il tempo di tale possesso.

§ I. *Quali pesi siano soggetti a questa prescrizione.*

132. Lo Statuto nell' articolo 114 surriferito dice: « Ha acquistato la prescrizione contro a tutte le rendite ed ipoteche che si pretendessero sul detto stabile ».

Altre volte le rendite costituite a

prezzo di denaro erano pesi reali dello stabile su cui erano costituite, al pari delle rendite fondiali create coll' enfiteusi; in oggi le rendite costituite sono riguardate soltanto come debito della persona che le ha costituite, quand' anche avessero un' assegnazione speciale su qualche stabile; quest'assegnazione essendo riguardata soltanto come un diritto d' ipoteca speciale, in forza di quest' articolo si acquista la prescrizione non contro la rendita, ma contro la ipoteca contratta a causa della rendita. Quindi, come ha benissimo osservato Laurière su quest' articolo, le parole *contro a tutte le rendite* debbonsi intendere soltanto riguardo alle rendite fondiali; e le parole *ed ipoteche* debbonsi intendere riguardo a tutte le specie d' ipoteche cui lo stabile è soggetto siano esse speciali, siano generali, siano state contratte per rendite, o siano state contratte per qualunque altra specie di credito. Quindi il possessore dello stabile a cui queste rendite ed ipoteche non sono state dichiarate nel suo contratto di acquisto e che non le ha conosciute, acquista per mezzo della prescrizione stabilita da questo articolo la liberazione del suo stabile dalle dette rendite ed ipoteche.

133. Sebbene lo Statuto abbia detto, *tutte le rendite*, bisogna però eccettuarne le rendite feudali, cioè quelle che sono in ricognizione della signoria diretta, e del dominio di superiorità che il signore, da cui lo stabile dipende, si è riservato; i diritti di signoria essendo imprescrittibili, lo sono egualmente i doveri ed i canoni che sono prestati in ricognizione di essi; e l' acquirente dello stabile non può acquistarne la liberazione nè con questa, nè con qualunque siasi altra specie di prescrizione. Lo Statuto di Parigi lo riconosce nell' articolo 124, in cui dice che il censo è imprescrittibile.

Si osservi che una rendita, ancorchè eretta con concessione a censo, è feudale soltanto allorchè è confusa col censo, e non è in alcun modo distinta; come quando si fosse detto nella concessione, che lo stabile è censuato col peso di cinquanta lire di censo e rendita, non avendo in questo caso distinto le parti ciò che, in quest' unico canone di cinquanta lire, debba essere il censo in ricognizione della signoria diretta, e ciò che debba essere la semplice rendita, il canone di cinquanta lire sarà nella sua totalità riputato feudale ed in ricognizione della signoria diretta che il concedente si è riservata, e per conseguenza non sarà soggetto nella sua totalità nè alla prescrizione di questo articolo, nè ad alcun' altra.

Al contrario, se la rendita, ancorchè eretta con la concessione a censo, fosse stata distinta dal censo; per esempio, se si fosse detto che lo stabile era conceduto col peso di dieci soldi di censo e di cinquanta lire di rendita, il solo censo di dieci soldi costituirebbe il canone feudale, e la rendita di cinquanta lire sarebbe una semplice rendita fondiale, soggetta per conseguenza alla prescrizione stabilita in quest' articolo.

134. Si osservi che quando noi diciamo, che il censo non è soggetto alla prescrizione di quest' articolo, nè ad alcun' altra prescrizione, intendiamo parlare di un vero censo, cioè d' un canone che si paga in ricognizione del dominio diretto, che il signore si è ritenuto sullo stabile che da lui dipende; ma se si fosse dato impropriamente *et abusive* il nome di censo ad un canone che non si paga in ricognizione d' un dominio diretto, questo canone, benchè qualificato come censo, sarà una semplice rendita fondiale, soggetta alla prescrizione di quest' articolo, al pari di tutte le altre rendite. Se, per esempio, il proprietario di uno stabile, che lo ritiene a censo da un signore, l' ha dato ad enfiteusi a qualcun altro col peso del censo dovuto al signore, e di altri cento soldi di censo verso di lui, questo canone di cento soldi, impropriamente qualificato per censo, cui è soggetto lo stabile verso di lui, non sarà che un semplice canone fondiale. Infatti, questo proprietario colla fatta enfiteusi non ha potuto ritenersi il dominio diretto ch' egli non aveva; poichè ritenendolo a censo ne aveva soltanto il puro dominio utile; il canone di cento soldi, cui ha soggettato lo stabile verso di lui, e che ha propriamente

qualificato per censo, non può essere in ricognizione del dominio diretto che egli non ha; questo secondo censo non è dunque un vero censo, ma un semplice canone fondiale soggetto alla prescrizione di quest' articolo, se un terzo acquistasse in seguito lo stabile senza che gli siano dichiarati i pesi, cui è soggetto.

Non dee dirsi lo stesso di un proprietario che ritiene il suo stabile come feudo; questo proprietario, avendo in tal caso tanto l' onorifico quanto l' utile dominio dello stabile, può, concedendolo a censo, riservarsi un dominio diretto subordinato a quello del signore da cui dipende; ed il censo cui è soggetto lo stabile è un vero censo in ricognizione di questo dominio di signoria, che non può giammai essere soggetto nè a questa prescrizione nè ad alcun' altra.

135. Ad eccezione delle rendite di signoria, ed altri canoni e doveri feudali, tutte le altre rendite, siano esse in denaro, siano in derrate, e generalmente tutti i canoni di qualunque specie e natura si siano, cui uno stabile è sottoposto, sono soggetti a questa prescrizione.

La decima stessa, quando non è feudale, vi è soggetta, e l' acquirente che ha acquistato lo stabile senza che gli sia stato dichiarato questo peso, ne acquisterà la liberazione per mezzo di tale prescrizione, se, durante tutto il tempo della prescrizione istessa, colui a cui la decima appartiene ha lasciato ignorare a questo acquirente un tal peso, non esigendo la decima durante tutto questo tempo.

Una decima non è feudale, quando lo stabile che vi è soggetto, è inoltre sottoposto ad un censo, o verso al signore, cui è dovuta la decima, o verso ad un altro signore; in questo caso il censo è in ricognizione del dominio diretto, e la decima è un semplice canone fondiale soggetto alla prescrizione.

All' incontro, quando lo stabile che è soggetto alla decima, non è sottoposto ad alcun altro canone nè dovere feudale, la decima è riputata in ricognizione della signoria diretta, e per conseguenza feudale e non soggetta a prescrizione.

136. Queste parole dello Statuto *ha acquistato la prescrizione contro a tutte le rendite ed ipoteche che si pretendessero sul detto stabile*, non debbonsi prendere *restrictive*; una tale disposizione si estende generalmente a tutte le diverse specie di diritti reali, che i terzi possono aver sullo stabile e che diminuiscono la perfezione del suo dominio che l' acquirente, a cui non furono dichiarati questi diritti nel suo contratto di acquisto, crede di avere acquistato franco e libero dei detti diritti; l'effetto di una tal prescrizione essendo appunto, come abbiamo già detto, di far acquistare all' acquirente un dominio dello stabile così perfetto com' egli ha avuto giusto motivo di crederlo, liberando lo stabile istesso da tutti i diritti reali a cui è soggetto, e che ne diminuiscono la perfezione.

Quando taluno, per esempio, vendendo il suo stabile si è riservata la facoltà di ricomprarlo, senza limitare il tempo entro cui potrà esercitare un tal diritto, questo dura trent' anni, e lo stabile in qualunque mano passi vi è soggetto. Ma se il compratore pochi anni dopo rivende questo stabile ad un terzo senza fargli conoscere il diritto di ricompra a cui è soggetto, sebbene questo vincolo sia diverso da un diritto d' ipoteca, pure il terzo acquirente, che non ebbe cognizione che lo stabile vi era soggetto, ne acquista la liberazione col compimento della prescrizione stabilita in questo articolo.

137. Parimenti, allorchè uno stabile è soggetto verso un particolare ad un diritto di retratto convenzionale, che egli si è riservato nel farne l' alienazione, cioè d' un diritto ch' egli ed i suoi successori hanno *in perpetuum*, di prenderlo essi stessi al prezzo dell' acquirente, ogni volta che lo stabile sarà venduto; un terzo acquirente a cui nel suo contratto di acquisto non si è fatto conoscere questo diritto, compito che sia il tempo della prescrizione, acquisterà che il suo stabile sia intieramente libero e franco da questo diritto di retratto.

La cosa è diversa riguardo al retratto feudale ed al retratto gentilizio; l' acquirente dello stabile, che vi è soggetto, non può acquistarne la liberazione per mezzo di questa prescrizione,

sebbene non vi sia stato assoggettato nel suo contratto di acquisto, poichè essendo di diritto comune dovea prevederlo.

138. Quando un particolare ha alienato il suo stabile per un certo tempo, a capo del quale dovesse ritornare a lui o al suo successore, se io ho acquistato questo stabile da colui che ne ha il dominio soltanto pel tempo stabilito nel contratto originario di alienazione, senza che mi abbia dichiarato che lo stabile era soggetto a riversione a capo d' un certo tempo, io acquisterò per mezzo della prescrizione il dominio perpetuo di questo stabile e la liberazione del diritto di riversione al quale era soggetto; poichè se la prescrizione mi fa acquistare il dominio perpetuo d' uno stabile, quando l' ho acquistato da chi non vi aveva alcun diritto, perchè non me lo farebbe acquistare quando l'ho acquistato in buona fede da chi ne avea il dominio per un certo tempo?

139. Finalmente l'acquirente d' uno stabile soggetto a dei diritti di servitù, siano personali, come è un diritto di usufrutto, un diritto di uso, un diritto di abitazione, siano prediali, ne acquista la liberazione con questa prescrizione, quando non gli sono stati dichiarati e non ne ebbe cognizione durante tutto il tempo della prescrizione; per la ragione che coloro che avevano questi diritti di servitù non ne hanno usato durante il detto tempo.

In vano si opporrebbe che, dicendo l' articolo 186 che la liberazione dalla servitù si può acquistare contro ad un titolo col decorso di trent'anni, non si può acquistare in un tempo minore, e non può quindi esser soggetto alla prescrizione di dieci e venti anni. Io rispondo che la prescrizione di trenta anni che fa acquistare la liberazione dalle servitù di cui si parla nell' art. 186, è la prescrizione ad effetto di liberare, che risulta unicamente dal non usare della servitù, e che ne fa acquistare la liberazione anche a coloro che l' avessero costituita, o a' loro eredi. L' art. 186 parla di questa sola specie di prescrizione, ed essa non ha nulla di comune colla prescrizione dell' art. 114, la quale risulta dal possesso che un acquirente di buona fede ha avuto d' uno stabile, possedendolo come libero dai diritti di servitù, cui è soggetto.

140. Io ho acquistato una rendita fondiale, ch' era redimibile per una clausola dell' enfiteusi; il venditore non mi ha dichiarato una tal clausola, e per togliermene la cognizione non m' ha consegnato il contratto di concessione enfiteutica, dicendomi di averlo perduto, ed obbligandosi a darmelo quando l' avrebbe ritrovato; io ho fatto immantinenti notificare il mio contratto d' acquisto al debitor della rendita che me l' ha esattamente pagata; ora avendo posseduto questa rendita durante tutto il tempo della prescrizione, senza aver cognizione della facoltà di redimerla a cui è soggetta, avrò io acquistato per mezzo della prescrizione la liberazione da questa facoltà di esser redenta, a cui la rendita è soggetta? Secondo la regola ordinaria, si dee decidere per l' affermativa; il peso imposto al proprietario della rendita di soffrirne la redenzione, quando il debitore giudicherà a proposito di farla, è un peso che diminuisce la perfezione del dominio di proprietà di questa rendita; ora, secondo i principj su esposti, l' effetto di tale prescrizione è di fare acquistare all' acquirente di buona fede un dominio di proprietà dello stabile o della rendita così perfetto, com' egli ha avuto motivo di credere di averlo, liberandolo da tutti i pesi che ne diminuiscono la perfezione; il debitor della rendita, allorchè l' acquirente gli notificò la copia del suo contratto d' acquisto, avendo veduto che essa non vi era dichiarata redimibile, dovea notificarglielo ond' impedire la prescrizione della facoltà di redimerla; non avendolo fatto, una tal facoltà deve esser estinta con tal prescrizione, salvo al debitore il suo regresso pe' danni ed interessi contro al venditore o al suo erede che ha dato luogo a questa prescrizione, vendendo la rendita senza dichiarare che era soggetta alla facoltà di esser redenta.

Nulladimeno siccome non è molto comune l' uso di comprare una rendita senza vederne il titolo, ciò che si disse nel contratto di tale acquisto,

cioè che il venditore ne ha perduto il titolo, potrebbe essere un accordo fra il venditore ed il compratore, per dar luogo alla prescrizione della facoltà di redimerla, facendo comparire che il compratore non ne ebbe cognizione; se vi fossero delle circostanze che facessero presumere un tale accordo, non si dovrebbe aver riguardo alla prescrizione.

141. I diritti che non sono soggetti alla prescrizione di dieci o venti anni stabilita nell' art. 114 sono:

1.° I diritti di signoria, come abbiamo già detto.

2.° Il vincolo che assoggetta i beni d' un uomo al vedovile, sia statutario, sia convenzionale, di sua moglie e dei suoi figli, è un peso che non è soggetto a questa prescrizione, prima che il vedovile abbia avuto luogo; e comincia a correre soltanto dopo che si è dato luogo al vedovile per la morte del marito. Lo Statuto di Parigi ne ha un' espressa disposizione nell' art. 117, in cui dice: « In materia di vedovile, la prescrizione comincia a decorrere soltanto dal giorno della morte del marito ».

3.° I diritti di sostituzione, cui gli stabili o le rendite sono soggetti, non sono soggetti a questa prescrizione, allorchè la sostituzione fu debitamente pubblicata ed insinuata. La ragione si è, che l'acquirente di questi stabili o rendite non può avere un' ignoranza scusabile ed invincibile delle sostituzioni cui sono soggetti, avendo potuto consultare i pubblici registri, in cui sono registrate queste sostituzioni.

142. Finalmente, risulta da queste parole dello Statuto nell'art. 114, *fra... maggiori e non privilegiati*, che il possessore non può acquistare per mezzo della prescrizione stabilita in quest' articolo la liberazione dalle rendite, ipoteche, ed altri diritti, cui lo stabile è soggetto, quando questi diritti appartengono a persone minori di età, sinchè sono tali, o quando appartengono alla chiesa, o a corpi e comunità anche secolari, essendo i loro beni soggetti soltanto alla prescrizione di quarant' anni: finalmente quando appartengono al patrimonio del re, essendo i beni del patrimonio imprescrittibili.

§ 2. *A vantaggio di chi, e contro chi possa decorrere la prescrizione dell' art.* 113.

143. Le persone, a di cui vantaggio può correre la prescrizione dell' art. 113, per la liberazione dalle rendite, ipoteche ed altri diritti cui è soggetto lo stabile da esse acquistato, sono quelle a di cui vantaggio ha potuto decorrere la prescrizione del dominio di proprietà. Veggasi ciò che abbiamo detto *supra, cap.* 1, *art.* 2.

144. Parimenti, il principio da noi esposto nell' art. 3 del detto capitolo, che la prescrizione ad effetto di acquistare la proprietà non corre contro al proprietario, sinchè vi ha qualche causa legittima che gl' impedisce di rivendicarla, come pure tutti gli esempii da noi addotti di un tale principio ricevono una perfetta applicazione alle persone che hanno qualche rendita o ipoteca, o altro diritto reale su di uno stabile, contro le quali la prescrizione, ad oggetto di far acquistare al possessore la liberazione dalle dette rendite, ipoteche o altri diritti, non decorre sinchè queste persone hanno avuto un qualche impedimento legittimo, che non ha loro permesso di intentar le loro azioni, onde farsi riconoscere, contro al possessore delle dette rendite, ipoteche o altri diritti.

Quando, per esempio, io ho acquistato uno stabile che apparteneva ad un uomo ammogliato, su di cui la di lui moglie ha delle ipoteche, che egli non ha dichiarate allorchè me lo ha venduto, la prescrizione ad effetto di acquistarne la liberazione non decorre durante il matrimonio; poichè si reputa che la moglie non abbia potuto intentar queste azioni durante il matrimonio, e che ne sia stata impedita dal marito, contro cui sarebbero ricadute le azioni istesse.

145. Lo Statuto ne adduce un altro esempio nell' art. 115: dopo aver detto che quando taluno abbia comprato uno stabile soggetto ad una rendita a favore di un terzo, che il venditore, il quale ne era il debitore, non gli ha fatta conoscere, il tempo della prescrizione non cessa di decorrere contro al creditor di questa ren-

dita, sebbene, durante tutto questo tempo, egli ne sia stato pagato dal debitore senza saputa del possessore dello stabile, lo Statuto soggiunge: « Però se il creditore della rendita ha avuto una giusta causa d' ignorare l'alienazione, perchè il debitore della rendita fosse sempre rimasto in possesso dello stabile per mezzo di locazione, ritenzione di usufrutto, costituzione di precario o altri simili, durante il detto tempo non decorre la prescrizione ».

Il creditore, vedendo il suo debitore rimaner nello stabile soggetto alla sua rendita, ed essendo da lui esattamente pagato, non può supporre ch' egli lo abbia alienato, e questa giusta ignoranza dell' alienazione in cui egli si trova, è un impedimento che non gli ha permesso di chiedere di esser riconosciuto dal compratore, e d' interrompere il suo possesso.

146. Si osservi che quando uno stabile sia soggetto a varie rendite che non sono state dichiarate, sebbene sia arrestato il corso della prescrizione contro al creditore di una di queste rendite, o per causa di minor età, o per causa di qualche altro legittimo impedimento, che non gli permette di intentar la sua azione per far riconoscere la sua rendita, ciò non impedisce alla prescrizione di decorrere e di compirsi contro ai creditori delle altre rendite, che non possono opporre cosa alcuna dal canto loro contro a tal prescrizione.

147. Similmente quando lo stabile è soggetto ad una rendita dovuta a varj creditori, ancorchè sia arrestato il corso della prescrizione contro ad uno dei creditori per la parte che ha nella rendita, ciò non impedisce che essa decorra e si compisca contro agli altri pel di più.

148. Nel caso che il diritto cui lo stabile è soggetto verso varie persone, fosse un diritto indivisibile, la prescrizione per acquistarne la liberazione può compirsi solamente contro tutti insieme, e sinchè è arrestata dal lato d' un solo di coloro, a cui il diritto appartiene, non può nè decorrere, nè compirsi contro gli altri; la ragione si è, che è impossibile l' acquistare in parte la liberazione di un diritto che non è suscettibile di parti.

§ 3. *Delle qualità richieste nel possesso per acquistare per mezzo della prescrizione la liberazione dalle rendite, ipoteche, ed altri diritti, cui lo stabile è soggetto.*

149. Acciocchè il possessor di uno stabile possa acquistare per mezzo della prescrizione la liberazione dalle rendite, ipoteche, ed altri diritti cui lo stabile è soggetto, bisogna che il suo possesso sia possesso civile, che derivi da un giusto titolo, e che sia di buona fede; lo Statuto si è su di ciò formalmente spiegato nell' art. 113: *Quando alcuno ha posseduto. . . . a giusto titolo ed in buona fede.*

Questa buona fede non è altro se non che un' opinione appoggiata ad un giusto fondamento, in cui questo possessore dee essere, di aver acquistato il dominio dello stabile libero e franco da rendite, ipoteche, ed altri diritti che non gli sono stati dichiarati; questa buona fede non è altro senonchè *justa opinio quaesiti dominii liberi*.

150. Da ciò segue che, se non è assolutamente necessario che il possessor dello stabile ne sia proprietario, è necessario almeno che creda di esserlo; poichè *opinio dominii liberi*, in cui consiste la buona fede necessaria per tale prescrizione, contiene necessariamente *opinionem dominii*.

Il possessore dello stabile non può dunque esser possessore di buona fede in faccia a tutti coloro che hanno rendite, ipoteche, o altri diritti sullo stabile, s' egli non è o proprietario o egualmente possessore di buona fede in faccia al proprietario dello stabile: al contrario, quando lo stabile è soggetto a varie rendite o ipoteche, sebbene il possessore sia in mala fede, riguardo ad alcuna di queste rendite ed ipotche delle quali ha cognizione, e delle quali non può per conseguenza acquistar la liberazione per mezzo della prescrizione, ciò non gl' impedisce di esser possessore di buona fede riguardo alle altre rendite ed ipoteche, delle quali non ha cognizione, e di acquistarne la liberazione per mezzo della prescrizione.

Ci resta ad osservare, riguardo al-

la buona fede, ch' essa deve durare per tutto il tempo richiesto pel compimento della prescrizione.

151. Acciocchè il possessore possa acquistare mediante la prescrizione la liberazione dalle rendite, ipoteche, ed altri pesi cui lo stabile è soggetto, bisogna inoltre che il possesso sia stato pacifico, e non abbia sofferto interruzione alcuna.

152. Non solo l' interruzione naturale del possesso arresta il corso della prescrizione, ma lo arresta egualmente l' interruzione civile. Questa si effettua colla domanda spiegata dal creditore contro al possessore, acciocché riconosca la sua rendita o ipoteca, prima che sia compito il tempo della prescrizione. Con una tal domanda il possessore, cessando di essere un possessore *pacifico e senza inquietudine* cessa d' esser capace di prescrivere. Lo Statuto lo dice nell' art. 113: *Quando alcuno ha posseduto . . . liberamente e pacificamente senza inquietudine alcuna rendita*, etc.

153. Se il creditore che ha intentato la domanda la lascia perimere, questa domanda dichiarata perenta da una sentenza, riguardandosi come non avvenuta, non può per sè stessa interrompere il corso della prescrizione: *Quod nullum est, nullum producit effectum*. Ma se la domanda che si è lasciata perimere, non ha per sè stessa arrestato il corso della prescrizione, non si potrà forse dire che il corso ne fu arrestato dalla comunicazione, che colla domanda il creditore fece de' suoi titoli al possessore, i quali, facendogli conoscere il diritto del creditore, hanno fatto cessare in lui la buona fede, che dee durare tutto il tempo della prescrizione? Io credo che in questo caso la comunicazione, che il creditore ha fatta de' suoi titoli al possessore, non ha fatto cessare in questo la buona fede, nè per conseguenza arrestato il corso della prescrizione; poichè la mancanza del creditore a continuare la sua azione diede al possessore un giusto motivo di credere che i titoli del creditore non erano sufficienti a stabilire il suo diritto, come abbiamo veduto *supra*, n. 53.

154. Quando lo stabile è soggetto a varie rendite ed ipoteche, la domanda spiegata da uno de' creditori arresta bensì il corso della prescrizione per la rendita o per l' ipoteca di questo creditore; ma non ne arresta il corso e non ne impedisce il compimento riguardo a quelle degli altri creditori che sono rimasti in silenzio. Imperciocchè il possessore ha cessato di avere un possesso *senza inquietudine* soltanto riguardo alla rendita o all' ipoteca, per cui fu spiegata la domanda, ed ha continuato ad avere un possesso senza inquietudine riguardo a quelle, per le quali non è stata intentata domanda alcuna.

155. Quando lo stabile è soggetto ad una rendita che appartiene a varj individui, la domanda spiegata da uno di essi contro al possessor dello stabile per la parte che egli vi ha, interrompe il possesso soltanto per questa parte; ma se i titoli che ha comunicati al possessore dietro questa domanda, sono titoli comuni, che abbiano fatto conoscere al possessore il diritto de' creditori delle altre parti, questa cognizione da lui acquistata prima del compimento del tempo della prescrizione, avendo fatto cessare la sua buona fede, anche riguardo alle parti di coloro che sono rimasti in silenzio, il corso della prescrizione è arrestato anche riguardo alle parti di questi, per la mancanza di buona fede nel possessore, ch' è richiesta durante tutto il tempo della prescrizione.

156. Non essendo stata spiegata alcuna domanda, durante tutto il tempo della prescrizione, contro al possessore dello stabile, per le rendite ed ipoteche cui lo stabile è soggetto, se prima del compimento del tempo della prescrizione si è spiegata contro di lui una domanda di rivendicazione dello stabile, questa domanda impedirà ella la prescrizione? O il possessore succumbette alla domanda, o ne venne assoluto, o la domanda fu abbandonata, o si è fatta una transazione. Nel primo caso, allorchè il possessore succumbette nella domanda, e fu condannato a rilasciare lo stabile, la domanda che ha arrestato il corso della prescrizione ad effetto di acquistare il dominio di proprietà dello stabile, ha indirettamente arre-

stato la prescrizione per la liberazione dalle rendite ed ipoteche, non avendo potuto il possessore acquistare una tal liberazione mediante la prescrizione prima di aver acquistato la proprietà dello stabile; perchè non si può acquistare la liberazione dai pesi di una cosa, senza esserne proprietario.

Non avendo avuto luogo in questo caso la prescrizione delle rendite ed ipoteche, i creditori potranno intentare le loro azioni, non contro al possessore, a cui essendo stato tolto il possesso dello stabile, non può più esservi tenuto, ma contro al proprietario che ne è rientrato in possesso.

157. Nel secondo caso, in cui il possessore fu assoluto dalla domanda di rivendicazione, questa domanda non impedisce la prescrizione per la liberazione dalle rendite ed ipoteche cui lo stabile è soggetto, avendo in questo caso il possessore posseduto lo stabile per tutto il tempo della prescrizione *senza inquietudine delle dette rendite*: la domanda di rivendicazione non ha portato alcuna interruzione al suo possesso in faccia ai creditori delle dette rendite che sono rimasti in silenzio; poichè è principio stabilito, che l' interruzione civile, che nasce da una domanda giudiziaria, interrompe il possesso soltanto in faccia a colui che ha spiegato la domanda, nel che differisce dalla interruzione naturale.

158. Nel terzo caso, allorchè la domanda di rivendicazione fu abbandonata, il possessore, per la sola sua qualità di possessore, essendo riputato proprietario dello stabile, si dee riputare ch' egli, avendo posseduto in questa qualità di proprietario lo stabile, durante tutto il tempo della prescrizione, come libero dalle rendite ed ipoteche cui era soggetto, ne abbia acquistato la liberazione mediante la prescrizione.

159. Lo stesso dee dirsi nel quarto caso, allorchè dietro la transazione lo stabile è rimasto al possessore, mediante il pagamento di una certa somma da lui pagata all' attore; poichè la sua qualità di possessore dello stabile, facendolo riputare proprietario sino a che non sia provato il contrario e la transazione, ch' è di sua natura *de re incerta*, non potendo provare cosa alcuna in contrario, si reputa che egli ne sia sempre stato proprietario, e che abbia sborsata la somma convenuta nella transazione per evitare una lite, e non come prezzo di una vendita che gliene fosse fatta: si reputa dunque che nella sua qualità di proprietario dello stabile, e possedendolo come libero, abbia acquistato mediante la prescrizione la liberazione dalle rendite ed ipoteche, a cui era soggetto.

Nulla di meno, se il diritto che fu prodotto, e di cui il possessore ha avuto comunicazione con la domanda di rivendicazione, fosse sì chiaro che non lasciasse alcun dubbio sul diritto dell' attore, ne risulterebbe che il possessore ha acquistato la proprietà dello stabile soltanto coll' atto qualificato come transazione, per mascherare la vendita in esso compresa; egli per conseguenza non ha potuto, prima di quest' atto, acquistare mediante la prescrizione la liberazione dalle rendite ed ipoteche, cui lo stabile era soggetto; e ch' egli non ha potuto, per acquistar la prescrizione dopo quest' atto, unirvi il possesso che avea avuto da prima, poichè questo possesso avuto prima dell' atto, ha cessato d' essere un possesso di buona fede al momento della comunicazione del titolo dell' attore, e non può per conseguenza esser unito al nuovo possesso che il possessore ebbe dopo la transazione, onde produrre la prescrizione.

160. Se colla transazione il possessore ha rilasciato lo stabile all' attore che lo ha rivendicato, è evidente in questo caso che la prescrizione per la liberazione dalle rendite ed ipoteche cui lo stabile era soggetto non può aver luogo; poichè quando i creditori delle dette rendite spiegheranno le loro domande contro colui che si è fatto rilasciare lo stabile, egli non potrà opporgli che il possessore che glielo ha rilasciato, ne ha acquistata la liberazione per mezzo della prescrizione: poichè il solo proprietario potendo acquistare questa liberazione, bisognerebbe ch' egli dicesse che questo possessore fu proprietario dello stabile, lo che sarebbe in

contradizione colla domanda di rivendicazione da esso spiegata, e coll' atto, in forza del quale si è fatto rilasciare lo stabile.

§ 4. *Del tempo del possesso onde acquistare la liberazione dalle rendite ed ipoteche cui lo stabile è sottoposto; e dell' unione del possesso del possessore con quello del suo autore.*

161. Il tempo di questa prescrizione colla quale noi acquistiamo la liberazione dalle rendite, ipoteche ec., con un possesso di dieci anni fra presenti e di venti fra gli assenti, si reputa decorso fra presenti, quando il creditore della rendita o dell' ipoteca, contro cui il possessore prescrive, dimora nello stesso baliaggio del possessore.

Per compire il tempo di questa prescrizione, il possessore può unire al suo possesso quello de' suoi autori. Lo Statuto si è formalmente spiegato su di ciò colle seguenti parole: *quando alcuno ha posseduto. . . per sè stesso o per mezzo de' suoi predecessori, dei quali egli ha i diritti e causa.* Tutto ciò che abbiamo detto nel capitolo precedente intorno all'unione del possesso del possessore con quello de' suoi autori, riceve qui un' intiera applicazione.

PARTE SECONDA

DELLE ALTRE SPECIE DI PRESCRIZIONI CHE SERVONO AD ACQUISTARE MEDIANTE IL POSSESSO.

Oltre alla prescrizione di dieci e di venti anni, di cui abbiamo trattato nella prima parte, avvi quella di trent' anni; quella di quaranta, che ha luogo contro la Chiesa; quella di cinque, ed alcune altre che hanno luogo in certi particolari Statuti; e la prescrizione di tre anni pe' mobili. Noi tratteremo separatamente di queste diverse specie di prescrizioni, che formeranno la materia de' quattro primi articoli. Esamineremo, nel quinto, da quali Statuti si regoli la prescrizione: tratteremo, nel sesto, del possesso immemorabile o di cento anni.

ARTICOLO PRIMO

Della prescrizione di trent' anni.

162. Gli Statuti, che non hanno adottato la prescrizione di dieci o venti anni, hanno stabilito quella di trenta mediante la quale noi acquistiamo il dominio di proprietà degli stabili ed altri immobili che abbiamo posseduti durante il tempo di trent' anni, e la liberazione dalle rendite, ipoteche ed altri pesi, a cui sono soggetti. Gli Statuti che hanno adottato la prescrizione di dieci o venti anni, hanno parimenti stabilita quella di trenta a favore dei possessori che non producono il titolo del loro possesso, mentre un così lungo spazio di tempo lo fa presumere; in questo numero è lo Statuto di Parigi, il quale dopo avere stabilito negli art. 113 e 114, la prescrizione nel caso in cui il possessore produca il titolo del suo possesso, stabilisce nell' art. 115 la prescrizione di trent' anni, nel caso in cui non ne produca alcuno.

Quest' articolo dice: « Se alcuno abbia goduto, usato e posseduto uno stabile o una rendita, o altra cosa prescrittibile, per lo spazio di trent' anni continuamente, tanto da sè quanto per mezzo de' suoi predecessori, pubblicamente e senz' alcuna inquietudine, supposto che non mostri alcun titolo, ne ha acquistata la prescrizione fra maggiori e non privilegiati ».

La Statuto dice, *ha goduto, usato e posseduto*: la parola *posseduto* si riferisce agli stabili, le altre, *goduto ed*

usato, si riferiscono alle rendite ed agli altri diritti incorporali suscettibili di questa prescrizione; tali diritti non sono suscettibili di un possesso propriamente detto, ma soltanto di un quasi possesso, che consiste nel godimento che qualcuno ne ha, e nell' uso che ne fa.

Questo quasi-possesso che qualcuno ebbe per trent' anni di una rendita o di un altro diritto prescrittibile, glielo fa acquistare per diritto di prescrizione, come il possesso di uno stabile pel detto tempo fa acquistare lo stabile a chi lo possiede.

§ 1. *Delle cose che sono suscettibili di questa prescrizione.*

163. Lo Statuto dichiara suscettibili di questa prescrizione tutte le cose prescrittibili.

Con queste parole lo Statuto esclude le cose che sono imprescrittibili o per loro natura o per la condizione delle persone a cui appartengono, come per esempio quelle che appartengono al fisco o ai minori, sinchè sono minori. Si debbono eccettuare egualmente quelle riguardo a cui le leggi hanno stabilito una prescrizione più lunga, come sono quelle appartenenti alla Chiesa; e perciò lo Statuto dice *fra maggiori e non privilegiati*.

164. Tutte le cose che sono suscettibili della prescrizione di dieci o di vent' anni, lo sono ordinariamente di questa.

Bisogna eccettuarne i diritti di servitù prediale. Questi diritti sono suscettibili della prescrizione di dieci o venti anni, allorchè alcuno ne abbia goduto in virtù di un giusto titolo ed in buona fede durante il tempo della prescrizione.

Supponiamo per esempio che il possessore di una casa vicina alla mia, e di cui io credeva in buona fede essere egli proprietario, sebbene nol fosse, mi abbia venduto o donato una servitù di prospetto su questa casa; questa costituzione di servitù è un giusto titolo secondo le nozioni da noi date *supra*, n. 56, poichè non è già per mancanza di questo titolo ch' io non abbia acquistato la proprietà del diritto di servitù, ma per la mancanza di facoltà in colui che ha costituita la servitù; se dunque, in esecuzione di questo titolo, io abbia aperto una finestra, ed abbia goduto del diritto di prospetto, quand' abbia compito il tempo richiesto per la prescrizione, debbo acquistare mediante tale prescrizione il diritto di servitù di prospetto.

Al contrario, negli Statuti che ammettono la prescrizione di dieci o vent'anni, quella di trenta non può giammai aver luogo pe' diritti di servitù. Imperciocchè o il possessore del diritto di servitù ha un titolo, o non ne ha alcuno; s' egli ha un titolo, col possesso che da questo titolo deriva ha acquistato il diritto di servitù colla prescrizione di dieci o vent' anni, e quindi gli è inutile e non può avere luogo quella di trenta. S' egli non può esibire titolo alcuno, non può acquistare il diritto di servitù colla prescrizione di trent' anni, poichè è un principio stabilito nel nostro diritto francese, che in materia di servitù quando non si esibisce alcun titolo, il godimento avutone, per quanto lungo sia stato, si presume soltanto precario e di pura tolleranza. In conformità di questi principj lo Statuto di Parigi, art. 186, dice: *Diritto di servitù non si acquista col godimento, per quanto lungo egli sia, senza titolo.*

Negli Statuti che hanno rigettato la prescrizione di dieci e vent' anni, e che ammettono soltanto quella di trenta, sia che il possessore abbia titolo, sia che no, i diritti di servitù sono suscettibili della prescrizione di trent' anni soltanto nel caso in cui quegli che ha goduto della servitù durante un tal tempo, esibisca un giusto titolo da cui il suo possesso derivi.

165. Lo Statuto di Berry, *tit.* 12, *art.* 1, si è allontanato dal diritto comune, riguardo alle cose soggette alla prescrizione di trent' anni. Esso vi assoggetta i beni della Chiesa e delle comunità al pari di quelli de' particolari, e quelli de' minori al pari di quelli dei maggiori, conservando però alla Chiesa ed ai minori il beneficio della restituzione in intiero mediante lettere del principe.

166. Tutto ciò che abbiamo detto nella prima parte, cap. primo, art. se-

condo, delle persone a cui vantaggio decorre la prescrizione di dieci o vent' anni, e che possono acquistare mediante questa prescrizione, può interamente applicarsi a quella di trenta.

Nel modo stesso che abbiamo detto ch' io posso acquistare colla prescrizione di dieci o vent' anni uno stabile, ancorchè io sia il *signore* da cui dipenda come feudo, quando l' abbia posseduto in virtù di un giusto titolo estraneo alla mia qualità di *signore*, si dee dire egualmente che posso acquistarlo colla prescrizione di trenta anni, quando non apparisca alcun titolo, da cui derivi. Imperciocchè il tempo trascorso, facendo da sè solo per sè stesso presumere che il possesso di trenta anni derivi da un giusto titolo, sintantochè non sia provato il contrario, si dee presumere che il mio derivi da un giusto titolo estraneo alla mia qualità di signore, e non da alcun sequestro feudale, se non si provi il contrario; ma se si esibisse la prova di un sequestro feudale, per quanto antico egli fosse, il possesso del signore si riputerebbe derivar da questo sequestro, finchè non si provasse che fu levato, o che il vassallo sia rientrato nel suo possesso. Questo sequestro feudale sarebbe un ostacolo perpetuo alla prescrizione.

167. *Vice versa*, nel modo stesso che abbiam detto ch' io posso acquistare colla prescrizione di dieci o vent'anni una signoria, sebbene ne sia uno dei vassalli, allorchè l' ho posseduta in virtù di un giusto titolo ch'io esibisco, si dee dire egualmente che posso acquistarla senza esibire alcun titolo colla prescrizione di trent' anni.

La massima che un vassallo non può prescrivere contro al suo signore, non significa altro, se non che un vassallo non può acquistare la liberazione del suo stabile dall' omaggio e dagli altri doveri e diritti feudali cui è soggetto, per quanto sia stato lungo il tempo, che egli o i suoi autori abbiano mancato di soddisfargli, o anche per quanto sia stato lungo il tempo, durante il quale l' abbiano posseduto come libero da questi diritti. La ragione si è che i diritti giurisdizionali sono imprescrittibili; ma nulla impedisce che il possessore della signoria, ancorchè sia vassallo di questa signoria stessa, possa acquistarla per prescrizione al pari di tutte le altre cose, essendo una tal signoria, come tutte le altre cose, soggetta alla prescrizione.

168. Tutto ciò che abbiam detto nella prima parte, cap. 1, art. 3, di quelli, contro a' quali non decorre la prescrizione di dieci o vent' anni, si applica alla prescrizione di trenta, la quale non decorre giammai contro a coloro, contro a' quali non decorre la prescrizione di dieci o vent' anni.

§ 2. *Del tempo di questa prescrizione, e dell' unione che il possessore può fare del tempo del possesso dei suoi autori col suo.*

169. Pel tempo di questa prescrizione è indifferente ch'essa decorra fra presenti o fra assenti. Tanto nell'uno quanto nell' altro caso è sempre richiesto il lasso di trent'anni per formare questa prescrizione.

170. Siccome il tempo della prescrizione di dieci o di vent' anni si reputa compito subito dopo che sia cominciato l' ultimo giorno del decimo o del vigesimo anno, egualmente dee riputarsi compito il tempo di questa prescrizione subito dopo ch' è cominciato l' ultimo giorno dell' anno trigesimo. Nell'uno e nell'altro caso avvi la stessa ragione; poichè quest' ultima essendo una prescrizione ad effetto di acquistare mediante il possesso, è per conseguenza della stessa natura di quella di dieci o vent'anni; ed in ciò appunto queste prescrizioni differiscono dalla prescrizione di trent'anni, contro alle obbligazioni risultanti soltanto dal non uso del creditore. Noi abbiam data la ragione di questa differenza, *supra*, n. 102.

171. Per compire il tempo di questa prescrizione, il possessore può unire quello del suo possesso a quello de'suoi predecessori. Lo Statuto lo dice espressamente: *Se alcuno ha goduto per lo spazio di trent'anni continuamente, tanto da sè quanto per mezzo de' suoi predecessori*.

Per quest' unione bisogna che tanto il suo possesso, quanto quello de' suoi predecessori, che vuole unire al suo, abbia le qualità richieste per tale prescrizione.

La differenza da noi osservata, *supra, n.* 112 *e seg.*, riguardo a quest' unione del possesso del possessore con quello de' suoi autori, fra l' erede o altro successore universale, ed il successore a titolo particolare nel caso della prescrizione di dieci o vent'anni, ha egualmente luogo nella prescrizione di trenta.

Quando si mostra il titolo, da cui deriva il possesso del predecessore, e che questo titolo sia vizioso, non essendo di sua natura traslativo di proprietà, come, per esempio, un affitto, o quando si prova che questo predecessore abbia avuto cognizione che lo stabile da lui posseduto non gli apparteneva, se il possessore è suo erede, non può giammai acquistarlo per prescrizione, quand' anche dopo la morte del predecessore l' avesse posseduto egli stesso per trent' anni, ed anche più, perchè il suo possesso essendo la continuazione di quello del suo predecessore di cui è erede, è infetto degli stessi vizj, e non può, qualunque sia il tempo della sua durata, fargli acquistare la prescrizione. Ma se il possessore è soltanto successore a titolo particolare, non può per verità unire al tempo del suo possesso quello del possesso vizioso del suo predecessore, ma può acquistare lo stabile colla prescrizione di trent' anni, possedendolo egli stesso durante un tal tempo.

§ 3. *Delle qualità che dee avere il possesso per la prescrizione di trent' anni.*

172. Intorno alla qualità che dee avere il possesso avvi questa differenza fra il possesso di dieci o vent' anni, e quello di trenta; che per dar luogo alla prescrizione di dieci o vent'anni bisogna che il possessore giustifichi il giusto titolo da cui il suo possesso deriva, e la buona fede del suddetto possesso riguardo al detto titolo; per la prescrizione di trent' anni all' incontro non è necessario, che il possessore esibisca il titolo, da cui il suo possesso deriva. Lo Statuto lo dice espressamente con queste parole: *Supposto che non mostri alcun titolo*. Il solo tempo trascorso fa presumere che il possesso derivi da un giusto titolo, di cui siasi perduta la memoria, e siasi smarrito l' atto, purchè non si provi il contrario.

Il contrario sarebbe provato, se il titolo da cui deriva il possesso di trent' anni venisse mostrato, e fosse un titolo non atto di sua natura a trasferire la proprietà, e per conseguenza un titolo non giusto; *puta*, se si mostrasse un contratto di affitto fatto a questo possessore, o ad alcuno di cui egli è erede o successore a titolo universale mediato o immediato: questo contratto d' affitto, per quanto antico egli fosse, si reputerebbe essere il titolo da cui deriva tale possesso; poichè un possesso si reputa continuare sempre collo stesso titolo con cui è cominciato, sinchè non ne apparisca un nuovo, secondo la massima, *nemo potest ipse sibi mutare causam possessionis suæ*. Quindi questo contratto di affitto, che si reputa essere il titolo da cui deriva il possesso di tal possessore, non essendo un giusto titolo, impedisce la prescrizione. Questo è uno de' casi in cui ha luogo la massima, *melius est non habere titulum, quam habere vitiosum.*

173. Lo stesso che si è detto del titolo si dica della buona fede, riguardo alla prescrizione di trent'anni; il solo tempo trascorso la fa presumere, senza che si mostri alcun titolo, sinchè non si provi il contrario; cioè sinchè colui, a cui si oppone la prescrizione, non adduca prove sufficienti le quali dimostrino che, prima del compimento del tempo della prescrizione, il possessore ha avuto cognizione, che lo stabile non gli apparteneva.

174. Tolte queste differenze fra la prescrizione di dieci o vent'anni, e quella di trenta, il possesso per la prescrizione di trent' anni dee avere le stesse qualità, che sono richieste per la prescrizione di dieci o venti anni. Quindi esso dee essere un possesso che sia stato pubblico, ciò che lo Statuto spiega chiaramente con queste parole: *Se alcuno abbia goduto pubblicamente*: quello che abbiamo detto nella prima parte, cap. 2, art. 2, di questa qualità del pubblico possesso, può esser qui intieramente applicato, ed ivi rimettiamo il lettore.

175. Il possesso per la prescrizione di trent' anni, al pari di quello per la prescrizione di dieci o venti, dee essere un possesso che non abbia sofferto interruzione alcuna, nè naturale, nè civile duranti i trenta anni. Così stabilisce lo Statuto: *per lo spazio di trenta anni continuamente . . e senza turbamento.*

Tutto ciò che abbiamo detto nella prima parte, sull'interruzione naturale e sull' interruzione civile del possesso, riguardo alla prescrizione di dieci o venti anni, può applicarsi intieramente riguardo a questa.

§ 4. *A chi spetti il provare il possesso di trent' anni; e come si provi.*

176. Spetta al possessore che oppone la prescrizione risultante dal possesso di trenta anni, a somministrarne la prova, secondo la regola di diritto: *Ei incumbit probatio, qui dicit*; *l.* 2, *ff. de probat.*

Vi sono due specie di prove di questo possesso, cioè la letterale, e la testimoniale.

La letterale si fa col mezzo dei documenti comprovanti il possesso, che risalgano a trenta anni o più; come sarebbero de' contratti di affitto dello stabile che forma l' oggetto della prescrizione, fatti già da trenta anni, o più dal possessore o da' suoi predecessori, ne' diritti de' quali egli sia subentrato; de' registri di decima o vigesima; de' registri d' imposizioni ecclesiastiche o altre, da' quali risulti che già da trenta anni o più, il possessore o coloro di cui egli ha i diritti, vi sono stati soggetti a causa del detto stabile; delle confessioni, de' riconoscimenti di censo, di rendite o di altri pesi, che già da trenta anni o più il possessore, o coloro di cui egli ha i diritti hanno pagato per lo stabile; delle quietanze di laudemi o canoni, dei contratti di opere, ed altri atti simili che risalgano a trenta anni o più.

La prova testimoniale si fa colla deposizione di testimonj, i quali dichiarino aver veduto già da trent'anni o più, che il possessore o coloro di cui egli ha i diritti erano in possesso dello stabile che forma l'oggetto della prescrizione.

177. L' una o l'altra di queste prove basta al possessore per giustificare il suo possesso di trenta anni; e quand' anche egli non potesse esibire alcuna scrittura comprovante un tale possesso, dev' essere ammesso a produrne la prova testimoniale, per quanto sia grande il valor dello stabile, che forma l' oggetto della prescrizione. Qui non si dee applicare la disposizione dell' Ordinanza del 1667 la quale permette la prova testimoniale allora soltanto che l' oggetto della contestazione non eccede il valore di cento lire; poichè questa disposizione dee avere luogo soltanto riguardo a quelle cose di cui la parte poteva e doveva procurarsi una prova per iscritto, come sono le convenzioni ed i pagamenti; ciò che noi abbiamo stabilito nel nostro *Trat. delle Obl.*, *part.* 4, *cap.* 2.

178. Quando il possessore ha provato, che trenta o più anni fa possedeva, o per sè stesso o per mezzo di coloro, ne' cui diritti è subentrato, lo stabile che forma l' oggetto della prescrizione da lui opposta, egli ha bastantemente provato e stabilito questa prescrizione, e si presume che il suo possesso sia in seguito continuato senza interruzione, purchè non si provi il contrario. Se la parte a cui si è opposta la prescrizione sostiene che il possesso è stato interrotto, spetta a lei il provarlo, come spetta a lei il provare i vizj, che pretende trovare in questo possesso.

§ 5. *Dell' effetto della prescrizione di trent' anni.*

179. La prescrizione di trent'anni produce gli stessi effetti di quella di dieci o venti: nel nostro diritto statutario, essa fa acquistare al possessore, al pari di quella di dieci o vent' anni, il dominio dello stabile, o altro diritto immobiliare che ha posseduto durante il tempo richiesto per la prescrizione. Varj Statuti lo hanno detto espressamente; ed il nostro di Orleans, art. 161, dice: *chiunque gode. . . per trent' anni . . . . acquista ed è fatto padrone dello stabile.*

180. Questa prescrizione di trent' anni, al pari di quella di dieci o venti, produce pure l' effetto di fare

acquistare al possessore la liberazione dalle rendite, ipoteche ed altri diritti cui lo stabile è soggetto, col possesso avuto di questo stabile durante tutto il tempo richiesto per la prescrizione, come libero delle dette rendite, ipoteche, ed altri diritti.

Si osservi che il possessore di trent' anni non ha bisogno di quest' effetto della prescrizione che si acquista col possesso di trent' anni; imperciocchè oltre a questa specie di prescrizione, detta *prescrizione ad effetto di acquistare*, avvene un' altra specie detta *prescrizione ad effetto di liberare*, la quale risulta unicamente dalla negligenza usata per trent' anni dai creditori a cui questi diritti appartengono, in farsi pagare e riconoscere le dette rendite, ipoteche ed altri diritti. Una tal prescrizione privando questi creditori delle loro azioni, e rendendoli non ammissibili ad esercitarle contro quelli che ne sono tenuti, e contro a'quali essi hanno trascurato di esercitarle, l' eccezione d'inammissibilità che questa prescrizione dà al possessore dello stabile soggetto alle suddette rendite, ipoteche o altri diritti, gli basta; ed anzi gli è più vantaggiosa dell' altra risultante dalla prescrizione che nasce dal possesso ch'egli ha avuto dello stabile, come libero dalle dette rendite, ipoteche ed altri diritti, poichè s'egli avesse la sola prescrizione risultante da questo possesso, il creditore, a cui l' opponesse, potrebbe oppugnare il suo possesso, e provare che non è stato di buona fede, e che questo possessore conosceva le rendite e gli altri diritti a cui era sottoposto lo stabile; mentre invece l' eccezione d' inammissibilità risultante dall'altra specie di prescrizione, esclude ogni discussione; poichè essendo unicamente fondata sulla negligenza usata dal creditore nell'esercitare le sue azioni, è indifferente che il possessor dello stabile soggetto alle rendite o altri pesi, contro cui ha trascurato di esercitare le sue azioni, ne abbia o no avuto cognizione; l' eccezione d' inammissibilità che ne risulta, può essere opposta dal possessore che ne ha avuto cognizione, ed anche da quello che ne è stato espressamente incaricato, poichè può esser opposta anche dal debitore che avesse egli stesso costituito la rendita, o da' suoi eredi, quando il creditore abbia trascurato di farsela pagare.

181. La prescrizione risultante dal possesso di trent' anni, che il possessore ha avuto dello stabile come libero dalle rendite, ipoteche ed altri diritti a cui era soggetto, ha dall'altro lato un vantaggio sull' altra specie di prescrizione. Questo consiste in ciò, che il possessore che ha compito questa prescrizione, acquista per suo mezzo la piena ed intiera liberazione delle rendite, ipoteche ec., cui era tenuto; in guisa che qualunque cognizione che a lui sopravvenga, dopo il compimento di questa prescrizione, delle rendite ed ipoteche a cui il suo stabile era da prima soggetto, questo ne rimane pienamente liberato, ed egli non vi è in alcun modo tenuto neppure nel foro della coscienza; al contrario, quando il possessore, avendo avuto cognizione della rendita cui lo stabile era tenuto prima del compimento della prescrizione che si acquista col possesso, ha soltanto l' altra specie di prescrizione che risulta dalla negligenza del creditore, questa prescrizione gli dà bensì una eccezione d'inammissibilità, onde difendersi dall' azione del creditore nel foro civile, ma lascia sussistere in lui un'obbligazione naturale di pagare la rendita ch' egli ha contratta coll' avutane cognizione prima del tempo del compimento della prescrizione risultante dal possesso.

182. La prescrizione che risulta dal possesso ha pure sull'altra il vantaggio, ch' essa si compie subito dopo cominciato l' ultimo giorno dell' anno trentesimo, mentre invece l' altra si compie soltanto dopo che l' ultimo giorno è interamente spirato, come abbiamo veduto *supra*, n. 102 e 170. Quindi il creditore della rendita cui lo stabile è tenuto sarebbe ancora a tempo di esercitarla in quest' ultimo giorno contro al possessore, il di cui possesso è vizioso, e che non può opporre altra prescrizione che quella che nasce dalla negligenza del creditore ad esercitare le sue azioni: mentre invece non sarebbe più a tempo ad e-

esercitarla verso il possessore, contro il possesso del quale non abbia alcun vizio da opporre.

183. La prescrizione di trent'anni non può far acquistare al possessore di uno stabile la liberazione dei diritti cui il suo stabile è soggetto, allorchè questi diritti sono imprescrittibili; o ch' essi lo siano per loro natura, come i diritti giurisdizionali, o che lo siano per la qualità del proprietario, come quelli che appartengono al patrimonio della corona, o a persone minori, durante la loro minore età; essa non può nè anche fargli acquistare la liberazione da quelli che sono soggetti soltanto alla prescrizione di quaranta anni, come sono quelli che appartengono alla Chiesa o alle comunità.

184. Si osservi, riguardo ai diritti giurisdizionali, ch' essi sono bensì imprescrittibili per la sostanza, ma sono prescrittibili per la loro qualità; perciò la prescrizione di trent' anni, o alcun' altra, non può far acquistare al possessore di uno stabile soggetto a censo, o a qualunque altro peso feudale, la liberazione totale da questo diritto; ma se egli ha posseduto lo stabile per trent' anni, come soggetto soltanto ad una parte di questo censo, o altro canone feudale, e che in conseguenza abbia pagato solamente questa parte in ciascun anno, acquista mediante questa prescrizione la liberazione del suo stabile dal di più.

Lo Statuto di Parigi ha su di ciò un'espressa disposizione nell' art. 124, dove dice: « Il dritto di censo non si prescrive dal possessore dello stabile contro al signore censuario. . . . . Ma si può prescrivere la qualità del censo e degli arretrati con trent' anni fra maggiori e non privilegiati ».

Secondo questa disposizione, il possessore di uno stabile soggetto ad un certo censo, *puta*, di dieci soldi, per quanto sia lungo il tempo che l'abbia posseduto come libero, e che non abbia pagato alcun censo, non acquista in alcun modo la liberazione dai dieci soldi; ma se per trent' anni ha posseduto lo stabile, non come intieramente libero da censo, ma come soggetto ad un censo minore, *puta*, come soggetto a soli sei soldi invece di dieci, e che per conseguenza durante tutto il tempo suddetto abbia pagato soltanto sei soldi; essendo il censo, secondo la disposizione di quest' articolo, prescrittibile per la sua quotità, egli acquista colla prescrizione di trent' anni derivante dal possesso, in cui è stato per tutto il tempo suddetto, di pagare soltanto per ciascuno anno una quota, o una parte del censo annuo cui lo stabile era tenuto, la liberazione dalla quota o della parte di censo che non ha pagato per tutto il tempo suddetto, in guisa tale che il suo stabile soggetto prima al censo di dieci soldi, lo sarà in avvenire per sei.

Lo stesso è riguardo al censo pagabile in derrate, come a quello pagabile in denaro: se il mio fondo doveva il canone di una mina di grano, e per trenta anni io ne abbia pagato soltanto uno stajo; se doveva tre galline ed io per trent' anni ne abbia pagato una sola; il mio stabile sarà in avvenire tenuto al peso di uno stajo di grano, o di una gallina.

Lo stesso si dica d' una decima feudale; essa è al pari del censo imprescrittibile nella sostanza, ma prescrittibile nella quotità: quindi se il mio podere fosse soggetto alla retribuzione del sesto della messe, ed io per trent' anni l' avessi pagata soltanto in ragione del duodecimo, il mio stabile sarà in avvenire soggetto soltanto alla retribuzione in ragione del duodecimo, ch' è la metà di quella cui era tenuto da prima, ed avrò acquistato per prescrizione la liberazione dall' altra metà.

185. Il censo non potendosi prescrivere pel totale, ma solo per una quotità, cioè per una parte del canone annuale, mediante il possesso di trent'anni in cui è stato il possessore di pagarne soltanto una parte, ne segue che per farsi luogo a questa prescrizione, bisogna che ciò che ha pagato il possessore sia una cosa che faccia parte del canone censuario; come, per esempio, allorchè io ho pagato venti soldi in vece dei trenta cui era tenuto, oppure allorchè ho pagato una gallina invece di tre; ma quando ciò che il possessore ha pagato era una cosa diversa, come, per esempio, quando invece di trenta soldi abbia pagato ogni anno una gallina, o che invece

di un censo in grani o in pollame abbia pagato una certa somma di danaro, non può più esservi luogo alla prescrizione, poichè nulla si è pagato del censo, a cui lo stabile era soggetto, pagando una cosa diversa e che non fa parte del censo. Ciò venne giudicato da alcune decisioni riferite da Chopin, *de moribus Andium*, e da Mornac sulla legge 8, ff. *de contr. empt.* Ma se lo stabile era tenuto al censo di venti soldi in denaro e di una gallina, ciascuna di queste cose facendo parte del censo, a cui lo stabile era soggetto, il pagamento fatto per trent' anni di una di queste cose, per esempio, della sola gallina o dei venti soldi, o di una sola parte di essi, sarebbe un pagamento di una parte del censo, che mediante la prescrizione farebbe acquistare la liberazione del di più.

186. Acciocchè le prestazioni di una quotità minore di censo per trent'anni operino la prescrizione è necessario che queste prestazioni siano state uniformi; ma se il possessore di uno stabile soggetto, per esempio, a quaranta soldi di censo, ne abbia pagato per trent' anni, ora quindici, ora diciotto, ora venti, non vi sarà luogo alla prescrizione; poichè questa è fondata soltanto sulla presunzione, che il possessore abbia avuta una giusta opinione che il censo, a cui il suo stabile era soggetto, fosse di una certa somma, e che l'abbia posseduto come soggetto soltanto al censo di questa somma; ma quando non vi è stata uniformità nelle prestazioni, da questa mancanza di uniformità ne risulta che il possessore era incerto intorno alla somma del censo, cui il suo stabile era soggetto, e che non ha potuto avere per conseguenza una giusta opinione che fosse soggetto soltanto al censo di una certa somma; opinione, che, quando può essere presunta nel possessore, costituisce la buona fede, che è il fondamento della prescrizione di una quota del censo.

187. La prescrizione della quota di censo menzionata nell' art. 124, è la stessa prescrizione ordinaria di trent' anni con cui il possessore acquista la liberazione dai diritti prescrittibili cui il suo stabile è soggetto, ancorchè non mostri alcun titolo del suo possesso, purchè non se ne produca alcuno contro di lui, che provi il suo possesso essere vizioso, o che giustifichi aver egli avuto cognizione, durante il tempo della prescrizione, del diritto cui il suo stabile era soggetto: per conseguenza, sebbene secondo la natura della prescrizione di trent' anni, non sia necessario, per la prescrizione di una quota del censo, che il possessore produca un titolo essendo questo presunto pel decorso de' trent' anni, nulladimeno non vi sarebbe luogo alla prescrizione, se ne producesse uno vizioso; come sarebbe un atto stipulato tra il padrone del censo ed il possessore dello stabile soggetto a quaranta soldi di censo, col quale si dicesse che il possessore pagherebbe provvisoriamente venti soldi di censo per ciascun anno, sinchè il padrone abbia posto in ordine i suoi titoli, e che per conseguenza egli in seguito avesse per trent' anni o più pagato il censo annuo in ragione di venti soldi; questo titolo, da cui il possesso deriva, non contenendo alcuna riduzione di censo, e contenendo soltanto una semplice convenzione provvisionale, è un titolo vizioso che resiste alla prescrizione che il possessore di trent' anni volesse opporre contro gli antichi titoli comprovanti, che lo stabile era soggetto ad un censo di quaranta soldi.

188. Similmente, se il padrone provasse, che sebbene il possessore abbia pagato per trent' anni una somma minore di quella, cui lo stabile era tenuto, avea però cognizione durante questo tempo di tutta la somma a cui era soggetto, il possessore non potrà opporgli la prescrizione.

ARTICOLO II.

Della prescrizione di quarant' anni contro le chiese e le comunità.

139. Questa prescrizione ci viene dalla Novella 151, cap. 6: e noi la troviamo nella raccolta de' Capitolari de' nostri re, fatta da Benedetto Levita, lib. 5, cap. 236, in cui dice: *Nec decem anni, neque vicent, neque triginta annorum praescriptio religio-*

sis domibus opponatur, sed sola quadraginta annorum curricula, et non solum in cæteris rebus, sed etiam in hæreditatibus et legatis.

190. Le leggi che proibiscono l'alienazione de' beni della chiesa, sembrano sottrarli alla prescrizione, poichè questa rinchiude una specie di alienazione, *supra*, n. 8. Ma essendo da un altro lato contrario alla pubblica tranquillità, che questi beni siano in perpetuo imprescrittibili, si è trovato il ripiego, esentandoli dalle prescrizioni ordinarie, di stabilire una prescrizione di un tempo più lungo, alla quale soltanto fossero soggetti, e questa è la prescrizione di quarant'anni.

Essa è di diritto comune, ed ha luogo tanto ne' paesi di diritto scritto, quanto in quelli di diritto statutario. Lo Statuto di Berry, *tit.* 12, *art.* 1, la rigetta, come abbiam veduto *supra*, n. 165. Lo Statuto di Angiò ha ristretto il privilegio che ha la chiesa, di esser soggetta soltanto alla prescrizione di quarant'anni, agli stabili che le appartenevano anticamente, per cui nell' art. 448 dice: *I nuovi acquisti fatti dagli ecclesiastici da trent' anni in qua, in materia di prescrizione non sono più privilegiati di quelli de' laici.*

In questo Statuto, quando il possessore di uno stabile oppone la prescrizione di dieci, venti o trent' anni agli ecclesiastici che vi si oppongono, sostenendo di esser soggetti soltanto a quella di quaranta, bisogna che gli ecclesiastici stessi provino che lo stabile, che forma l' oggetto della contestazione, apparteneva loro trenta o più anni prima dell' anno 1508, epoca della compilazione dello Statuto.

Lo Statuto del Manese ha una disposizione simile, eccetto che dice, *da quarant' anni in qua.*

Questi Statuti si sono allontanati dal diritto comune, apponendo una tale limitazione al privilegio della chiesa; gli altri Statuti, come quelli di Senlis, di Chaumont, del Valese ec., dicono indistintamente: *Non ha luogo la prescrizione contro la Chiesa, sennonchè pel possesso di quarant' anni.*

La ragione di questo privilegio da noi addotta milita egualmente pe' beni nuovamente acquistati dalla Chiesa, come pe' suoi antichi dominj, poichè le leggi proibiscono l'alienazione tanto de' primi, quanto de' secondi.

191. Questa prescrizione ha luogo non solo contro la chiesa, cioè contro i titolari dei differenti benefizj, le parrocchie, gli ospedali e le comunità ecclesiastiche, ma anche contro le comunità secolari, come sono quelle degli abitanti delle città e de' borghi. La prescrizione di dieci o venti anni, e quella di trenta, non avendo luogo contro a queste persone, come abbiamo già veduto, esse sono soggette a quella di quaranta.

Si può definirla, la prescrizione colla quale colui che, sia da se stesso sia per mezzo de' suoi predecessori, ha posseduto per lo spazio di quarant' anni consecutivi uno stabile o altro immobile appartenente alla Chiesa o a qualche comunità, ne acquista la proprietà; e colla quale acquista egualmente la liberazione dalle rendite, ipoteche ed altri diritti cui il suo stabile è soggetto a favor della chiesa o comunità, quando l' ha posseduto per quarant' anni, senz' avere conosciuti i diritti suddetti.

La condizione del possessore nulla influisce su questa prescrizione; quindi una chiesa o una comunità, al pari di ogni altro particolare, può soltanto con questa prescrizione di quarant' anni acquistare le cose appartenenti ad un' altra chiesa o ad un' altra comunità.

Questa prescrizione di quarant' anni contro la Chiesa e le comunità è della stessa natura di quella di trent' anni contro i particolari, ed è a questa simile intieramente, ad eccezione del tempo che è più lungo.

Di tutte le cose di cui noi possiamo acquistare la proprietà colla prescrizione di trent' anni contro i particolari, possiamo egualmente acquistare la proprietà con quella di quaranta, quando appartengono a chiese o a comunità; e così parimente di tutti quei pesi a cui sono soggetti i nostri stabili, e de' quali possiamo acquistar la liberazione colla prescrizione di trent' anni, possiamo acquistarne la liberazione con quella di quaranta, quando sono dovuti ad una chiesa o ad una comunità.

192. La prescrizione di quarant'anni essendo della stessa natura di quella di trenta, il possessore non è obbligato ad esibire per questa prescrizione il titolo da cui il suo possesso deriva; il tempo trascorso lo fa presumere.

Ma se si producesse un titolo vizioso da cui derivasse il suo possesso, questo titolo impedirebbe la prescrizione ; tale sarebbe, per esempio, una vendita dello stabile fatta a taluno di cui il possessore è erede mediato o immediato , la qual vendita fosse stata fatta contro le regole che debbono essere osservate per l' alienazione dei beni della chiesa ; questo titolo essendo vizioso , ed il possesso che ne ha l' erede dell' acquirente non essendo che la continuazione del possesso dell' acquirente istesso, è un possesso vizioso che deriva da un titolo vizioso, e che non può per conseguenza operare la prescrizione. In questo caso si verifica la massima : *Melius est non habere titulum , quam habere vitiosum.*

193. Similmente si presume nel possessore la buona fede, riguardo a questa prescrizione di quarant' anni, come riguardo a quella di trenta , sinchè colui al quale è opposta la prescrizione non provi il contrario ; poichè se fosse provato che il possessore durante il corso della prescrizione ha avuto cognizione che la cosa, riguardo alla quale oppone la prescrizione, apparteneva alla chiesa,non avrebbe luogo la prescrizione.

194. Questa prescrizione non decorre per tutto il tempo durante il quale non è stato in poter della chiesa il reclamare la cosa che forma l' oggetto della prescrizione , secondo il principio generale che ha luogo in tutte le prescrizioni : *Contra non valentem agere, non currit præscriptio.*

Supponiamo, per esempio , che il titolare di un beneficio abbia ricevuto la redenzione di una rendita fondiale non redimibile, cui lo stabile di un particolare era tenuto, una tal redenzione fatta al titolare che l' ha ricevuta senza diritto, non ha liberato lo stabile dalla rendita ; poco dopo lo stabile è stato venduto ad un altro particolare, il quale ha ignorato che era soggetto alla rendita, cosicchè questo nuovo possessore ed i suoi successori l' hanno posseduto senza avere cognizione di tale peso, non avvi dubbio che possono acquistarne la liberazione col possesso di quarant' anni ; ma bisogna sottrarre dal tempo del loro possesso tutto il tempo durante il quale il titolare, che ha ricevuto la redenzione della rendita,ha continuato ad essere il titolare di questo beneficio, poichè in questo frattempo nessuno potea reclamare la rendita, non potendo farlo colui che ne ha ricevuta la redenzione. V. Louet , *lett.* P, n. 1.

195. Si dee parimenti sottrarre dal tempo della prescrizione di quarant' anni quello durante il quale il benefizio è stato vacante, non essendovi in questo frattempo persona che avesse potuto esercitare le azioni del benefiziato.

196. Allorchè durante la prescrizione di trent' anni di uno stabile, che era cominciata a decorrere contro ad un particolare, la chiesa sia succeduta (1) a questo particolare ; essendo il tempo della prescrizione di quarant'anni di un terzo più lungo di quello della prescrizione di trent' anni, che ha luogo contro ai particolari , acciocchè il possessore possa compire contro la chiesa il tempo della prescrizione cominciato contro al particolare , bisognerà che il possessore , oltre al tempo già decorso contro al particolare , possegga ancora lo stabile per un tempo che sia più lungo di un terzo di quello che restava a decorrere della prescrizione di trent' anni, allorchè la chiesa è succeduta al particolare. Per esempio, se il possessore avea già posseduto lo stabile per diciotto anni, cosicchè gli restavano soli dodici anni di tempo a compire la prescrizione di trent' anni, bisognerà che continui ancora a possederlo per sedici anni, onde compire il tempo della prescrizione contro la chiesa.

Secondo la stessa proporzione , se

(1) *Finge* : questo particolare ha fatto legatario universale di tutti i suoi stabili un ospedale : e questo legato, col consenso dell'erede, venne confermato da lettere patenti debitamente registrate.

fosse cominciata a decorrere contro ad un particolare la prescrizione di dieci anni, siccome il tempo della prescrizione di quarant' anni che ha luogo contro la chiesa, è quadruplo di quello della prescrizione decennale, così acciocchè il possessore possa prescrivere contro la chiesa, sarà necessario che oltre al tempo già decorso contro al particolare, possegga ancora lo stabile per un tempo quadruplo di quello che restava a decorrere per compire il possesso di dieci anni, quando la chiesa è succeduta al particolare. Se, per esempio, il possessore aveva già posseduto lo stabile per sei anni, bisognerà che lo possegga ancora per sedici, che sono appunto il quadruplo dei quattro che restavano a decorrere per compire la prescrizione di dieci anni.

Se fosse la prescrizione di vent' anni quella che avesse cominciato a decorrere contro al particolare, per compire il tempo della prescrizione contro la chiesa, basterebbe, secondo la stessa proporzione, raddoppiare il tempo che restava a decorrerne, quando la chiesa è succeduta alla particolare.

197. Nel caso inverso, quando un particolare sia succeduto alla chiesa, contro cui la prescrizione di quarant' anni avea cominciato a decorrere, siccome il tempo della prescrizione di trent' anni che ha luogo contro i particolari, è per un quarto minore di quello della prescrizione di quarant' anni che ha luogo contro la chiesa, così, acciocchè il possessore compisca la prescrizione contro al particolare ch' è succeduto alla chiesa, basterà che oltre al tempo già decorso contro la chiesa, possegga ancora lo stabile per un tempo, che sia per un quarto minore di quello che restava a decorrere per compire la prescrizione di quarant' anni, quando il particolare è succeduto alla chiesa, ; quindi, per esempio, se restavano a decorrere soli otto anni, basterà che lo possegga per altri sei.

Quando il possessore che ha cominciato la prescrizione contro la chiesa, contro la quale si può prescrivere soltanto col decorso di quarant' anni, abbia un titolo, ed abbia diritto per conseguenza di prescrivere col decorso di dieci anni contro al particolare ch' è succeduto alla chiesa, e dimori nello stessso baliaggio, siccome il tempo della prescrizione di dieci anni è il quarto di quello della prescrizione di quaranta, così basterà, acciocchè il possessore compisca il tempo della prescrizione contro al particolare, che oltre al tempo della prescrizione di quarant' anni già decorso contro la chiesa, possegga ancora lo stabile pel quarto del tempo che restava a decorrere quando il particolare è succeduto alla chiesa; quindi, per esempio, se restavano a decorrere otto anni, basterà che il possessore possegga ancora per due: e se restava a decorrere un anno solo, basterà che possegga ancora per tre mesi.

Se il particolare non dimorasse nello stesso baliaggio, e che perciò il possessore potesse prescrivere contro di lui soltanto colla prescrizione di vent' anni, bisognerebbe che in vece del quarto, continuasse a possedere per la metà del tempo che restava a decorrere onde compire la prescrizione di quarant' anni.

198. L'ordine di Malta ha preteso di non esser soggetto alla prescrizione di quarant' anni, pe' beni dipendenti dalle commende che ha nel regno, e che pretende esser soggetti soltanto alla prescrizione di cent' anni. Ma le bolle de' papi che hanno loro accordato un tal privilegio non possono essere d' alcuna autorità in Francia, ove il papa non ha alcun potere sulle materie temporali, nel numero delle quali è la materia della prescrizione. Acciocchè essi potessero pretendere questo privilegio, bisognerebbe che riportassero delle lettere patenti de' nostri re bene e debitamente registrate che lo avessero loro accordato. Auzanet, sull' art. 123 dello Statuto di Parigi, riporta una decisione che ha giudicato esser l' ordine di Malta soggetto, al pari degli altri ordini ecclesiastici, alla prescrizione di quarant' anni.

ARTICOLO III.

Della prescrizione per acquistare mobili corporali.

199. Secondo le leggi delle dodici tavole il tempo per l' usucapione dei

mobili corporali era di un anno: *Usus auctoritas fundi biennium, coeterarum rerum annus usus esto.* Secondo la costituzione di Giustiniano il tempo era di tre anni.

200. Quest' usucapione o prescrizione di tre anni pe' mobili non ha solamente luogo nelle provincie regolate dal diritto scritto; ma varj dei nostri Statuti l'hanno con espresse disposizioni adottata. Tali sono quelli di Melun, Amiens, Peronne, Sedan. Gli Statuti di Angiò, art. 419, e del Manese, art. 434, hanno parimenti ammessa la prescrizione triennale pe' mobili, ma solamente in certi casi. Ecco come si esprimono: « Se alcuno con buon titolo abbia posseduto pubblicamente e notoriamente alcun mobile per tre anni continui alla presenza di colui che poteva pretendere di avervi diritto, o essendo egli nello stesso paese cosicchè avesse potuto saperlo, e non possa verosimilmente addurre scusa di ignoranza, acquista il diritto su questa cosa ».

Sembra che questi Statuti non ammettano indistintamente il possesso triennale de' mobili, ma che lo ammettano soltanto nel caso in cui il proprietario de' mobili abbia dimorato nello stesso luogo del possessore per tutto il tempo della prescrizione; come pure sembra che non l' ammettano indistintamente per tutte le specie di mobili, ma soltanto per quelli il di cui possesso abbia qualche cosa di pubblico e che sono in vista, e non per quelli che si posseggono chiusi nell' interno di una casa.

Noi abbiamo al contrario alcuni Statuti che hanno espressamente rigettato la prescrizione triennale de' mobili; tale è quello del Berry che la rigetta in termini formali, *tit.* 12, *art.* 10; e quello del Boulognese che stabilisce una prescrizione di venti anni *per le cose mobili u immobili*.

Negli Statuti che non si sono spiegati intorno alla prescrizione de' mobili, come quello di Parigi, di Orleans e molti altri, nasce questione se questa prescrizione triennale debba aver luogo. Imbert e Bugaron, antichi pratici, ritengono ch' essa non ha luogo: Mornac sostiene il contrario.

201. Vi possono essere delle ragioni per ammettere questa prescrizione nello Statuto di Orleans, che non militano in quello di Parigi. Quello di Orleans art. 260, dice: *Prescrizione minore di trent' anni non ha luogo per gli stabili e cose immobili.* Esso suppone dunque una prescrizione d' un tempo minore. Nell' articolo 261, in cui stabilisce la prescrizione di trent' anni, si esprime così: *Chiunque gode di uno stabile, rendita o diritto incorporale*; esso quindi non comprende i mobili nella prescrizione di trent' anni stabilita in quest' articolo, secondo la massima, *inclusio unius, est exclusio alterius.* Ora, non avendo compreso i mobili nella prescrizione di trent'anni, non avendo d' altronde regolato con verun' altra disposizione il tempo per la prescrizione de' mobili ed essendo nulladimeno necessario che vi sia un tempo determinato per la prescrizione di queste cose, che non debbono essere imprescrittibili, si dee presumere che l'intenzione dello Statuto di Orleans sia stato di riportarsi su questo punto alla disposizione del dritto romano.

202. All' incontro lo Statuto di Parigi nell' art. 118, con cui stabilisce la prescrizione di trent' anni, si esprime così: *Se alcuno abbia posseduto uno stabile o rendita, o altra cosa prescrittibile.* Queste parole, *o altra cosa prescrittibile*, sono parole generali che comprendono tanto i mobili quanto gl' immobili; d' onde si può conchiudere che lo Statuto di Parigi, non avendo disposizione alcuna per una prescrizione che sia particolare a' soli mobili, gli abbia compresi con queste generali parole nella prescrizione di trent' anni, e non abbia voluto soggettarli ad alcun' altra.

Ciò non ostante io m' indurrei con pena a credere che lo Statuto abbia voluto assoggettare i mobili alla prescrizione di un tempo tanto lungo, qual è quello di trent' anni; questo tempo essendo lungo egualmente ed anche più della durata di molte cose mobili, sarebbe un rendere imprescrittibili molte di queste cose; d' altronde essendo esse di natura da passar successivamente in un gran numero di mani, se ne fosse ammessa la rivendicazione per un tempo sì lungo, sarebbe un dar luogo a liti interminabili.

Bisogna però confessare che la questione, se la prescrizione triennale dei mobili abbia luogo negli Statuti che non si sono spiegati su questo proposito, è ancora molto problematica.

Nè è meno problematica la questione, se ne' paesi in cui questa prescrizione ha luogo, ne debbano essere eccettuati i beni de' minori e della chiesa.

Lo Statuto di Péronne, ch' è uno di quelli che hanno adottato questa prescrizione triennale, gli eccettua formalmente dicendo: *I mobili si acquistano o si prescrivono col decorso di tre anni* . . . . FRA MAGGIORI E NON PRIVILEGIATI.

Gli altri Statuti che l' hanno ammessa con espresse disposizioni, non vi hanno aggiunto, come quello di Pèronne, le parole, *fra maggiori e non privilegiati*: vi si debbono esse sottintendere?

Le principali ragioni per le quali gli stabili ed altri immobili de' minori e della chiesa non sono soggetti alle prescrizioni ordinarie sono, 1.° perchè le leggi ne proibiscono l' alienazione; e questa ragione non milita pei mobili, 2.° i minori, potendo essere restituiti in intiero contro ciò che hanno mancato di fare pel loro interesse; *in his quae praetermiserunt*; *l.* 8, Cod. *de in integr. rest. min*; e potendo quindi, secondo questo principio, essere restituiti in intiero contro la negligenza che hanno usato ad interrompere il corso della prescrizione delle cose che loro appartengono, ed in conseguenza contro all' usucapione che ne è seguita, *l. un.* Cod. *si adv. usucap.*, si è trovato più breve, onde evitare il circuito di questa restituzione, di non far decorrere la prescrizione durante la minore età.

Ma questa ragione non può applicarsi gran fatto a' mobili de' minori; poichè, secondo lo spirito del nostro antico diritto francese, che ha poca considerazione pe' mobili, fuori de' casi di violenza e di dolo, non si accorda ordinariamente il benefizio della restituzione in intiero pe' semplici mobili. Su questo principio è fondato l' art. 446 del nostro Statuto, che dice: *Nelle alienazioni de' mobili, il benefizio della restituzione e l' azione rescissoria non hanno luogo, quando le parti sono capaci di contrattare.* Questa disposizione comprende tanto i minori quanto i maggiori, sia che i detti minori, essendo emancipati, abbiano contrattato da loro stessi, sia che, non essendo emancipati, abbiano contrattato col ministero de' loro tutori che sono capaci di contrattare per essi.

Se la legge ricusa di venire in soccorso de' minori col benefizio della restituzione, quando con qualche contratto di alienazione hanno alienato de' semplici mobili, si dovrà credere che voglia soccorrergli maggiormente nel caso dell' alienazione ch' essi facessero de' mobili stessi lasciandoli prescrivere; e che quindi non abbia voluto che i mobili fossero soggetti alla prescrizione di tre anni sebbene non siasi su di ciò formalmente spiegata?

204. Il diritto romano eccettua dalla prescrizione de' mobili le cose furtive, cioè quelle che sono state rubate, sinchè non siano ancora state ricuperate da colui al quale esse appartengono, o da coloro che sono subentrati nei di lui dritti. Secondo il dritto romano un terzo possessore di queste cose, ancorchè le abbia acquistate con giusto titolo ed in buona fede, non può farle sue; ciò è tratto da quest' articolo delle leggi delle dodici tavole: *Furtivae rei aeterna auctoritas esto*.

Questa disposizione, che non permette ad un possessor di buona fede di acquistare mediante prescrizione le cose furtive, mi sembra un dritto puramente arbitrario; ed io non trovo cosa alcuna ne' principj di diritto naturale, che debba impedire a colui che possiede in buona fede una cosa furtiva, di acquistarla mediante la prescrizione. Quindi ne' paesi statutarj, in cui il diritto romano non ha forza di legge per sè stesso, ma solamente in quanto sembra derivare dal diritto naturale, dubito moltissimo che questa disposizione per le cose furtive debba esservi osservata.

205. La prescrizione de' mobili mediante il possesso triennale, essendo lo stesso antico dritto di usucapione, di cui Giustiniano ha solamente prolungato il tempo, bisogna, acciocchè

una tal prescrizione abbia luogo, che il possessore giustifichi un giusto titolo da cui il suo possesso derivi, e che sia in buona fede; ma siccome non si usa di stipulare degli atti per iscritto che provino l'acquisto di cose mobili, così basta che il possessore, onde giustificare il giusto titolo dal quale deriva il possesso della cosa per cui oppone la prescrizione, faccia riconoscer questa cosa, o dalle persone da cui l'ha comprata o acquistata a qualche altro giusto titolo, o da altre persone che abbiano cognizione dell'acquisto ch' egli ne ha fatto.

Riguardo alla buona fede richiesta nel possessore, il giusto titolo la fa presumere abbastanza, sinchè quegli a cui la prescrizione è opposta non provi il contrario.

Inoltre, quasi tutto ciò che abbiamo detto riguardo alla prescrizione di dieci o vent' anni, sulle persone a vantaggio e contro le quali può decorrere, sulle qualità che deve avere il possesso, sull' interruzione naturale e civile, sull' unione del tempo del possesso dell' attuale possessore con quello de' suoi autori, sul titolo e sulla buona fede ec., può essere applicato a questa specie di prescrizione.

ARTICOLO IV.

Della prescrizione di cinque anni che ha luogo in alcuni Statuti.

206. Secondo il diritto comune il proprietario di uno stabile, a cui non si sono dichiarate nel contratto di acquisto, ch' ei ne ha fatto, le rendite, ipoteche ed altri pesi reali cui lo stabile è soggetto, e che non avendone avuto d'altronde cognizione alcuna, l' ha in conseguenza posseduto per tutto il tempo della prescrizione, credendolo con fondamento libero dai detti pesi, ne acquista la liberazione soltanto colla prescrizione ordinaria di dieci o vent' anni negli Statuti che l'ammettono, o con quella di trent' anni, come abbiamo veduto negli articoli precedenti. Nulladimeno alcuni Statuti hanno stabilito una prescrizione particolare onde far acquistare al proprietario di uno stabile la liberazione da certe rendite o ipoteche cui il suo stabile è soggetto, col possesso dello stabile per cinque anni, credendolo con fondamento libero dalle dette rendite ed ipoteche, cui non è stato assoggettato nel suo contratto di acquisto, e di cui non ha avuto d' altronde cognizione alcuna per tutto il tempo di questa prescrizione.

Si dà a questa specie di prescrizione il nome di *prescrizione di cinque anni* (*tènement de cinq ans*).

207. Gli Statuti in cui ha luogo questa specie di prescrizione sono quelli di Angiò, del Manese, di Tours e del Lodunese. Ecco come si spiega lo Statuto di Angiò nell' art. 422: « Se alcuno acquista qualche stabile o altro immobile, e lo ritiene e possiede per cinque anni consecutivi pacificamente a giusto titolo ed in buona fede, e senza citazione d'interruzione o altra inquietudine, un tal acquirente è esente e liberato da ogni rendita ed ipoteca costituita sullo stabile suddetto dal detto venditore o altro alienante dopo trent' anni, qualora lo stabile non sia stato dato in enfiteusi col peso di cui si tratta, o contro al signore del feudo ».

Quello del Manese, art. 437, è concepito ne' termini stessi.

Quello di Tours, art. 208, dice: « Quando alcuno acquista un podere o uno stabile, e lo ritiene e possiede per cinque anni notoriamente senza interruzione, può difendersi mediante tale possesso [*tènement*] contro gli acquirenti delle rendite costituite, donazioni e legati fatti nel corso di trent' anni, e rimane esente dalle rendite e pesi suddetti; purchè la suddetta possessione non sia stata data in enfiteusi col peso di questa rendita ».

Quello del Lodunese, tit. 20, art. 1, dice: « Quando alcuno ha posseduto e coltivato qualche fondo realmente ed attualmente pel tempo di cinque anni con titolo fra presenti o assenti, senza essere interrotto nel detto possesso di cinque anni, riguardo ad una rendita, o altro peso imposto al detto stabile da trent' anni, può col detto possesso difendersi contro a tutti gli acquirenti di tutte le rendite ed ipoteche stabilite nel corso di trent' anni, se non è interrotto entro ai cin-

que anni da computarsi dall' epoca del suo acquisto o ricognizione, qualora però non avesse preso il detto stabile, da lui posseduto e coltivato col peso suddetto, o che fosse un peso feudale, o imposto nel primo contratto di enfiteusi a lui fatto o ad un altro da cui egli ebbe causa, o che fosse un peso imposto già da trent' anni, ed il cui possesso avesse luogo prima e dopo dei trent' anni stessi ».

Noi vedremo intorno a questa specie di prescrizione, 1.° quali sieno le cose che possono esser liberate da' loro pesi mediante questa prescrizione; 2.° da quali specie di pesi; 3.° chi sieno coloro che possono acquistare con questa prescrizione la liberazione da' pesi de' loro stabili; 4.° contro quali persone; 5.° quali qualità debba avere il possesso per questa prescrizione; 6.° da quando cominci e quando si compisca.

§ 1. *Quali cose possano essere liberate da' loro pesi con questa specie di prescrizione; e da quali specie di pesi.*

208. Lo Statuto di Angiò nell' art. surriferito dice: *Se alcuno acquista qualche stabile* O ALTRO IMMOBILE, e quello del Manese si spiega egualmente. Quindi non può esservi dubbio in questi Statuti che la loro disposizione abbracci non solo gli stabili o immobili reali, ma anche tutte le cose incorporali che sono riputate immobili, e che, per esempio, colui che ha comprata una rendita soggetta ad ipoteche verso i creditori del venditore o altri, ne acquista la liberazione colla prescrizione di cinque anni, in quella stessa guisa che l' acquirente di uno stabile colla prescrizione di cinque anni acquista la liberazione dalle ipoteche cui lo stabile sia soggetto.

209. Le cose incorporali immobili sono esse riputate egualmente comprese nelle disposizioni degli Statuti di Tours e del Lodunese, che hanno parlato soltanto di stabili, senz' aggiungervi le parole *ed altri immobili*, che si trovano in quelle di Angiò e del Manese? Io credo che si debba ritenere che vi siano comprese, e che le parole, *ed altri immobili*, che non si trovano nel testo di questi Statuti, vi si debbano sottintendere. Questi quattro Statuti, che hanno stabilito la prescrizione di cinque anni, sembrano avere su tal punto lo stesso spirito; si deve dunque interpretar gli uni col mezzo degli altri, e si deve supplire ciò che negli uni è stato omesso con ciò che negli altri si trova. D' altronde avvi un' assoluta parità di ragione onde far acquistare colla prescrizione di cinque anni all' acquirente di una rendita in buona fede la liberazione dalle ipoteche cui la sua rendita è soggetta, come per far acquistare questa liberazione all' acquirente di uno stabile. Leproust, sull' art. I del tit. 20 dello Statuto del Lodunese, riporta una decisione nel caso della quale l' acquirente di una rendita costituita fu ammesso ad opporre la prescrizione di cinque anni contro un' azione ipotecaria.

La disposizione di questi Statuti per la prescrizione di cinque anni concerne i soli immobili: difatti non essendo i mobili nel nostro diritto francese suscettibili d' ipoteca, è evidente che l' acquirente non può aver bisogno della prescrizione di cinque anni.

§ 2. *Quali sieno le specie di pesi degli stabili o altri immobili da cui libera la prescrizione di cinque anni.*

210. Lo Statuto di Angiò nell' art. surriferito dice, *è liberato da ogni rendita ed ipoteca costituita sullo stabile suddetto del detto venditore o altro alienante nel corso di trent' anni, qualora lo stabile non sia stato dato in enfiteusi col peso di cui si tratta, o contro al signore del feudo.*

Gli altri Statuti, che hanno stabilito la prescrizione di cinque anni, si esprimono presso a poco nello stesso modo.

211. Questi Statuti avendo eccettuato dalla prescrizione di cinque anni soltanto le rendite create nella costituzione di enfiteusi dello stabile, ne segue che la prescrizione di cinque anni libera da tutte le altre rendite tanto vitalizie che perpetue che fos-

sero state create negli ultimi trenta anni, e non solo le rendite costituite a prezzo di danaro, ma anche quelle che fossero state create per donazione o legato, come sarebbe allorchè taluno vi ha fatto una donazione o un legato di tante lire di rendita, a cui dichiarò soggetto un tale stabile a lui appartenente. Lo Statuto di Tours lo ha spiegato espressamente con queste parole: si può difendere colla detta prescrizione *dalle rendite costituite, donazioni e legati.*

212. Gli Statuti hanno eccettuato da questa prescrizione di cinque anni, le rendite create nell' atto d' enfiteusi dello stabile, e che chiamansi propriamente rendite fondiali; queste rendite essendo un diritto che il concedente si è ritenuto nel suo stabile nel tempo della fattane alienazione, e che fa in certa guisa parte del dominio di proprietà, ch' egli ha trasferito all' enfiteuta, fatta deduzione della rendita, sono un diritto molto più forte di quello che risulta da una semplice assegnazione cui si è assoggettato uno stabile pel pagamento di una rendita. Queste rendite hanno per conseguenza delle prerogative che noi abbiamo riportate nel nostro Trattato dell' Enfiteusi, ed è parimenti per queste ragioni che gli Statuti le hanno eccettuate dalla prescrizione di cinque anni, e che si può acquistarne la liberazione solamente colla prescrizione ordinaria di dieci o vent' anni, e con quella di trenta.

L' eccezione che gli Statuti hanno fatta per le rendite create nel contratto d' enfiteusi dello stabile, deve estendersi a quelle create nelle divisioni o licitazioni; essendo queste vere rendite fondiali, e che hanno interamente la stessa natura delle enfiteutiche, poichè colui a cui tocca lo stabile in porzione, o che se ne rende aggiudicatario per licitazione, col peso d' un tanto di rendita verso i suoi condividenti, acquista lo stabile al pari dell' enfiteuta sotto la deduzione della rendita dovuta a' suoi condividenti. Queste rendite debbono godere le stesse prerogative, ed essere parimenti eccettuate dalla prescrizione di cinque anni; tale è l' opinione di Molineo, nella sua nota all' artic. 208 dello Statuto di Tours, ch' è male a proposito contraddetta da Louis.

213. Non bisogna confondere colle rendite enfiteutiche e create per divisione o licitazione, quelle che sono state costituite per prezzo di una vendita, o di una licitazione, o per prezzo di un conguaglio di divisione, come sarebbe allorchè uno stabile sia stato venduto o aggiudicato per licitazione pel prezzo di dieci mila lire, per la qual somma collo stesso contratto o collo stesso atto di licitazione il compratore ha costituito al suo venditore o a' suoi condividenti 500 lire di rendita; o allorchè una porzione è stata gravata di un conguaglio di mille lire verso uno de' condividenti, per la qual somma colui a cui è toccata la porzione, gli abbia collo stesso atto di divisione costituito una rendita di cinquanta lire; queste sono semplici rendite costituite che non debbono avere le prerogative delle rendite fondiali, e dalle quali si dee per conseguenza acquistar la liberazione colla prescrizione di cinque anni, al par di tutte le altre rendite.

214. Le ipoteche delle quali la prescrizione di cinque anni fa acquistare la liberazione, sono generalmente tutte quelle cui lo stabile può esser sottoposto già da trent' anni, siano esse generali o speciali, siano accessorie a qualche rendita o a crediti di somma di denaro o ad altri crediti mobiliari, e generalmente tutte quelle che sono accessorie a qualunque siasi obbligazione, come, per esempio, ad una obbligazione di garentia. Lo Statuto di Angiò ne porta un esempio nell' art. 427: « Se alcuno abbia venduto una parte de' suoi stabili, e siasi obbligato a garentirli, e dopo ne abbia venduta un' altra parte, il primo acquirente può far citare con domanda d' interruzione l' ultimo acquirente, entro *ai cinque anni* dopo fatto l' acquisto e preso il possesso, acciocchè non si difenda colla prescrizione».

Ciò che abbiamo detto non soffre difficoltà alcuna negli Statuti di Angiò e del Manese, che dicono in termini generali che l' acquirente è liberato colla prescrizione di cinque anni dalle ipoteche costituite sullo stabile.

215. Negli Statuti di Tours e del Lodunese si è preteso che la prescrizione di cinque anni liberasse dalle sole rendite, e non dalle ipoteche per semplici crediti mobiliari. Si traeva argomento dal testo dell'art. 208 dello Statuto di Tours, che dice: « Lo acquirente può difendersi colla detta prescrizione contro gli acquirenti delle rendite costituite, donazioni e legati fatti nel corso di trent' anni ec ». Lo Statuto, si disse, accorda la prescrizione risultante dal possesso di cinque anni contro i creditori delle rendite costituite, sia a prezzo di denaro, sia per donazione o legato; esso tace su quelli che hanno delle ipoteche per semplici crediti mobiliari; dunque, secondo la massima, *qui dicit de uno, negat de altro*, le sole rendite costituite sia a prezzo di denaro, sia per donazione o legato, si prescrivono col possesso di cinque anni, e non le ipoteche per semplici crediti mobiliari. Tale è l' opinione di Pallu sul detto articolo.

216. Si può fare lo stesso ragionamento riguardo allo Statuto del Lodunese, il quale, nell' art. 1 del tit. 20, si esprime così: « Quando alcuno possiede qualche stabile. . . senz' essere interrotto da alcuna rendita o altro peso imposto al detto stabile già da trent' anni ».

Lo Statuto, si dirà dunque, avendo detto *da alcuna rendita o altro peso*, obbliga soltanto coloro che sono creditori di qualche rendita o canone, a spiegare entro ai cinque anni l' azione d'interruzione contro l'acquirente dello stabile che vi è soggetto, e non vi obbliga quelli che hanno delle semplici ipoteche per crediti mobiliari; la prescrizione di cinque anni non libera dunque da queste ipoteche.

La corte però non ha avuto riguardo a questo ragionamento, e Lepronst, sul detto articolo, riporta due decisioni che hanno giudicato nello Statuto di Lodun che la prescrizione di cinque anni libera da queste ipoteche. Queste decisioni possono applicarsi negli Statuti di Tours e rovesciano l' opinione di Pallu.

Non si vede in fatti ragione alcuna per la quale questi Statuti dovessero accordare maggiori prerogative ad ipoteche per crediti mobiliari non assoggettandole alla prescrizione di cinque anni, di quelle che hanno accordate alle rendite che hanno un' assegnazione speciale sullo stabile che vi è assoggettato; è contro la ragione che colui che ha un diritto più forte, possa perderlo più facilmente e con una prescrizione più corta di colui che ha un diritto più debole.

217. Le ipoteche che sono accessorie ad una rendita enfiteutica, che non è soggetta alla prescrizione di cinque anni, non lasciano di esservi soggette, come ha osservato Molineo nella sua nota all' art. 208 dello Statuto di Turrena già citato.

Supponiamo, per esempio, che io abbia acquistato uno stabile mediante una enfiteusi che me ne fu fatta, e nella quale io mi sono obbligato a far sicura la rendita sotto l' ipoteca di tuti i miei beni; se dopo vendo uno dei miei stabili ipotecati a questa rendita, senza dichiarare quest'ipoteca, essa potrà essere prescritta col possesso di cinque anni.

218. Per quanto favorevole sia il vedovile, Dupineau pensa ch' esso si prescriva col possesso di cinque anni, quando colei a cui è dovuto abbia lasciato scorrere cinque anni, dopo la morte di suo marito che vi ha dato luogo, senza interrompere il possesso dell' acquirente di uno stabile che vi è soggetto.

219. I quattro Statuti che hanno stabilito la prescrizione del possesso di cinque anni, la restringono espressamente alle rendite, ai pesi ed alle ipoteche cui lo stabile è soggetto da un tempo minore di trent' anni; i commentatori non ce ne danno ragione alcuna, e la sola che si presenta si è, che quando le rendite o ipoteche furono imposte sullo stabile già da più di trent' anni, il diritto di queste rendite ed ipoteche si è fortificato col lungo possesso che ne hanno avuto coloro a cui appartengono. Ora, secondo lo spirito di questi Statuti, quanto maggiore è il diritto che si ha su di uno stabile, più difficilmente dee esserne spogliato colui a cui appartiene. Per questa ragione il diritto di rendita fondiale che si ha in uno

stabile, essendo più forte del diritto di una rendita costituita, non è soggetto alla prescrizione di cinque anni, a cui le rendite costituite create da un tempo minore di trent' anni sono soggette; per la stessa ragione questi Statuti hanno voluto che coloro che hanno dei diritti di rendite o ipoteche, fortificati dalla lunghezza di un tempo maggior di trent' anni, non fossero soggetti alla prescrizione di cinque anni, a cui sono soggette le rendite ed ipoteche meno antiche; e che quindi potessero perdere il loro diritto soltanto colla prescrizione ordinaria di dieci o vent' anni allorchè hanno un titolo, o con quella di trenta se non ne hanno alcuno.

220. Per altro, acciocchè l' acquirente di uno stabile o altro immobile possa difendersi colla prescrizione di cinque anni dalle rendite ed ipoteche cui il suo stabile era tenuto, basta che le dette rendite ed ipoteche siano state imposte al fondo da un tempo non maggior di trenta anni, nulla influendo che siano state imposte dalla persona stessa che gli ha venduto o alienato a qualsivoglia altro titolo lo stabile che ne era tenuto; queste parole dell' articolo 422 dello Statuto di Angiò, *è liberato da ogni rendita, peso ed ipoteche costituite sul detto stabile* DAL SUDDETTO VENDITORE O ALTRO ALIENANTE, *da un tempo non maggior di trent' anni*, non suno restrittive, ma solamente enunciative; e dopo queste parole, *dal suddetto venditore o altro alienante*, si debbono sottintender queste, *o da qualcuno dei suoi autori*. Tale è l' interpretazione che Dupineau dà a questo articolo, e che non sembra soffrire alcuna difficoltà.

§ 3. *Quali persone possono acquistare colla prescrizione di trent' anni la liberazione dalle rendite ed ipoteche cui il loro stabile era soggetto.*

221. Non v' ha dubbio che il solo proprietario dello stabile può, in qualunque siasi modo, acquistare la liberazione de' pesi a' quali è soggetto lo stabile; quindi se taluno abbia comperato o acquistato a qualunque siasi altro titolo uno stabile da uno che, non essendone proprietario, non ha potuto trasferirgliene la proprietà, questo acquirente, che non è proprietario dello stabile, non può colla prescrizione di cinque anni acquistare la liberazione delle rendite ed ipoteche cui lo stabile era soggetto; e perciò se dopo i cinque anni, il vero proprietario lo rivendicasse da questo acquirente, i creditori delle rendite ed ipoteche, cui lo stabile è soggetto, conservano il loro diritto, ancorchè non abbiano interrotto quest'acquirente pel tempo ch' è durato il suo possesso.

Ma sintantochè il vero proprietario non si presenta, riputandosi che l' acquirente sia proprietario dello stabile per la sola sua qualità di possessore, può opporre la prescrizione di cinque anni ai creditori, che contro lui intentassero delle azioni ipotecarie dopo spirati i cinque anni. Veggasi ciò che abbiamo detto *supra*, n. 131.

Del resto, tutti coloro che noi abbiamo detto *supra* poter acquistare colla prescrizione di dieci o vent' anni la liberazione de' pesi reali cui era soggetto lo stabile da essi acquistato, senza che ne avessero avuta cognizione, possono regolarmente, in questi quattro Statuti, col possesso di cinque anni, acquistare la liberazione delle rendite o ipoteche cui lo stabile da essi acquistato era soggetto.

222. Lo Statuto di Angiò fa un'eccezione nell' art. 423, così concepito: « Se l' obbligato avesse venduto o altrimenti alienato il suo stabile a suo figlio, a sua figlia o ad un altro suo erede presuntivo, questi non potrebbero difendersi col suddetto possesso di cinque anni nè con altra prescrizione minore; poichè si riterrebbe che il debitore l' abbia fatto per defraudare i creditori; ed i detti creditori avrebbero una giusta causa d'ignoranza, perchè lo stabile non sarebbe passato in mano di persone estranee; perciò il detto possesso di cinque anni ha luogo soltanto fra persone estranee, e non fra l' obbligato ed i suoi eredi ».

Quando l' acquirente di uno stabile soggetto a rendite o ipoteche, sia uno de' figli, o in mancanza di figli l'erede presuntivo di colui che era obbligato alle dette rendite, lo Statuto vuole che in questo caso l' acquirente figlio o e-

rede presuntivo del venditore, non possa colla prescrizione di cinque anni acquistare la liberazione dalle dette rendite ed ipoteche, ancorchè non dichiarate nel contratto di acquisto.

Ma avvi di più: lo Statuto non vuole che quest' acquirente ne possa acquistare la liberazione nè pure colla prescrizione di dieci o vent' anni, e che le dette rendite o ipoteche possano esser soggette in questo caso soltanto alla prescrizione di trent' anni.

Quest' è ciò che lo Statuto insinua colle parole dell' articolo surriferito, *non potrebbero difendersi col suddetto possesso di cinque anni* NÈ CON ALTRA PRESCRIZIONE MINORE Le parole *nè con altra prescrizione minore*, debbono intendersi in questo senso, nè con altra prescrizione minore della gran prescrizione di trent'anni, lo che esclude quella di dieci o venti. Lo Statuto si spiega intorno a ciò più chiaramente nell' art. 424: « Se un erede presuntivo di alcuno, durante la vita di quello di cui è erede presuntivo, ritiene (a qualsivoglia titolo di vendita, donazione, ec) qualche di lui stabile o altra cosa immobile, non può opporre alcuna prescrizione minore di quella di trent' anni, contro coloro che vi avessero un diritto di rendita o altro peso; poichè si reputa che il suo predecessore glielo abbia lasciato per tolleranza e per amore naturale ».

Lo Statuto del Manese, art. 438 e 439, ha delle disposizioni simili a quelle che ora abbiamo riportate.

223. Questi Statuti hanno spiegato i motivi delle loro disposizioni, che sono due. Il primo è d' impedire le frodi. Lo Statuto lo dice espressamente nell' art 423 con queste parole: *Poichè si riterrebbe che il debitore lo abbia fatto per defraudare i creditori.*

Si possono adurre varj esempj di frodi che lo Statuto vuole evitare.

Primo esempio: io ho acquistato uno stabile che si è trovato ipotecato ad una forte rendita costituita dai miei autori, cui non sono stato sottoposto; io sono stato obbligato a fare una dichiarazione d' ipoteca al creditore, e mi sono obbligato alla prestazione della rendita sin che sarò possessore dello stabile: mediante una tale obbligazione da me contratta con questa dichiarazione d' ipoteca, io non posso più, ritenendo lo stabile, liberare nè me nè i miei eredi: da questa rendita, sennonchè colla prescrizione di trent' anni, qualora il creditore trascurasse di esigerla per tutto questo tempo, cosa assai difficile ad accordare; quindi per liberare la mia famiglia da questa rendita, e defraudarne il creditore, fo una vendita di questo stabile a mio figlio, senza dichiarargli la rendita nel contratto di acquisto, coll' idea che se questa vendita non vien subito ad esser conosciuta dal creditore, mio figlio possa acquistarne la liberazione col possesso di cinque anni, ed io stesso sia liberato per la ragione che non posseggo più lo stabile, e mi era obbligato soltanto sino a che ne sarei possessore.

Secondo esempio: io sono debitore personale di una forte rendita da me costituita su di uno stabile; prevedo, attesa la situazione de' miei affari, che dopo la mia morte mio figlio rinunzierà alla mia eredità; e quindi per fargli passar questo stabile senza il peso della rendita, io gliene fo una vendita simulata, di cui falsamente confesso di aver ricevuto il prezzo, senza fargli nel contratto dichiarazione alcuna della rendita, nella speranza che una tal vendita non venendo ad esser subito conosciuta dal creditore, mio figlio ne acquisterà la liberazione colla prescrizione di cinque anni, ed avrà così lo stabile senza esser tenuto alla rendita, non essendovi tenuto nè come possessore, attesa la prescrizione di cinque anni, nè come erede, attesa la rinunzia che egli farà della eredità.

224. Il secondo motivo si è, che una vendita o altra specie di alienazione dello stabile soggetto fatto dallo obbligato a suo figlio, perviene molto più difficilmente ad esser conosciuta dal creditore della rendita, della vendita dello stabile stesso fatta ad un estraneo; e ciò intende dire lo Statuto colle parole seguenti dell' art. 423. *Ed i creditori avrebbero una giusta causa d' ignoranza, perchè lo stabile non sarebbe passato in mano di persone estranee.*

In fatti, quando una persona estranea abbia comprato o acquistato a qualunque siasi altro titolo uno stabile soggetto ad una rendita, il creditore di questa si accorge facilmente dell' acquisto fatto, vedendolo godere dello stabile, perciperne i frutti, o esercitare qualche altro atto di possesso; ma non succede lo stesso, quando trattasi di un figlio che ha comperato da suo padre, o di un parente che ha comperato dal suo parente, di cui è erede, lo stabile soggetto alla rendita. Tutto ciò che questo acquirente fa nello stabile dopo il suo acquisto, non fa conoscere l'acquisto stesso al creditor della rendita; poichè si può credere ch' ei faccia per suo padre, o pel suo parente tutto ciò che fa nello stabile. Quindi se si vede ch' egli disponga de' frutti, non si può sapere se ne disponga per suo padre e facendo gli affari di suo padre, o a proprio profitto; e quand' anche si conoscesse ch' egli ne avesse disposto a proprio vantaggio, non ne risulterebbe ancora che avesse fatto l' acquisto dello stabile, potendosi credere che gli abbia percetti per tolleranza, e come un dono che suo padre o il suo parente gli abbia fatto di questi frutti. Quest' è ciò che lo Statuto vuol dirci colle ultime parole dell' articolo 424: *poichè si reputa che il suo predecessore glielo abbia lasciato per tolleranza o per amor naturale*. Per questo motivo lo Statuto dice nell' art. 423: *Perciò il detto possesso di cinque anni ha luogo fra persone estranee e non fra l' obbligato ed i suoi eredi*; ciò è dire che la prescrizione derivante dal possesso di cinque anni, ha luogo soltanto allorchè l' aquirente sia una persona estranea e non l' erede presuntivo dell' obbligato.

225. Io ho venduto ad un estraneo uno stabile soggetto ad un rendita costituita, a cui io era tenuto, senza farne alcuna dichiarazione nel contratto di vendita; di poi mio figlio ha esercitato contro l'acquirente il diritto di retratto, e si è fatto rilasciare lo stabile; potrà egli acquistare colla prescrizione derivante dal possesso di cinque anni la liberazione dalla rendita cui lo stabile era soggetto? La ragione di dubitare nasce da ciò, chè mio figlio avendo esercitato il diritto di retratto è divenuto comprator dello stabile in luogo di colui contro al quale lo ha esercitato, e quindi non è un acquirente estraneo. Ora, si potrebbe dire, secondo il principio da noi esposto, la prescrizione derivante dal possesso di cinque anni può aver luogo soltanto quando l' acquirente sia un estraneo, e non quando sia l' erede presuntivo dell'obbligato venditor dello stabile. Nulladimeno in questo caso bisogna decidere che mio figlio può acquistare, colla prescrizione derivante dal possesso di cinque anni, la liberazione dalla rendita cui lo stabile era soggetto.

Il principio che si è opposto come motivo di dubitare, non riceve applicazione a questo caso; esso ha luogo soltanto quando la vendita o qualunque siasi altra specie d' alienazione fu fatta immediatamente dall' obbligato al suo erede presuntivo con un contratto stipulato fra essi, e quando lo stabile sia passato immediatamente dall' obbligato al suo erede presuntivo. Ciò risulta dal testo stesso dell' art. 423, il quale priva l' erede presuntivo dell' obbligato che ha acquistato lo stabile, della facoltà di acquistare colla prescrizione di cinque anni la liberazione dalle rendite cui lo stabile è soggetto, adducendone la ragione seguente: *Poichè lo stabile non sarebbe passato in mano di persone estranee*. Ora in questo caso lo stabile è passato nelle mani di una persona estranea contro cui mio figlio ha esercitato il retratto; esso non è passato immediatamente da me a lui; egli è divenuto acquirente dello stabile non per un contratto stipulato fra me e lui, ma per legge; egli non è dunque compreso nell' eccezione stabilita dall' art. 423; nè avvi luogo a temere la clandestinità nell' acquisto che mio figlio ha fatto esercitando il retratto, poichè una domanda di retratto, e l' aggiudicazione o il riconoscimento che ne è fatto in giudizio, non possono essere atti clandestini. Tale è l' opinione di Dupineau su questo articolo.

226. Lo Statuto con queste parole dell'art. 423: *Se l'obbligato avesse venduto...* A SUO FIGLIO, A SUA FIGLIA O AD UN ALTRO SUO EREDE PRESUNTIVO, comprende egli anche il figlio del figlio, ossia il nipote dell'obbligato che non fosse suo erede presuntivo, essendo preceduto nella famiglia da suo padre o da sua madre ? Io non dubito ch' egli debba esservi compreso. Sebbene in fatti la parola di *figli* non comprenda sempre i nipoti, essa però li comprende sovente, ed ogni qual volta la materia può ammetterli ; così Paolo ci insegna : *Filii appellatione omnes liberos intelligimus*; *l.* 84, ff. *de verb. signif*, e Callistrato ci dice ugualmente : *Filii appellatione nepotes et pronepotes, coeterique qui ex his discendunt, continentur*; *l* 222, § 1, ff *d. tit.* Ora nel caso dell'art. 423, la materia è delle più disposte a comprendere sotto la parola di figli anche i nipoti ; le stesse ragioni su cui è fondata la disposizione di quest' articolo , e che militano riguardo ai figli, militano egualmente riguardo ai nipoti ; le stesse intime relazioni che passano tra figlio e padre, si riscontrano anche tra il nipote e l' avo ; se questo nipote, essendo preceduto nella famiglia da suo padre o da sua madre, non è l' erede presuntivo immediato dell' obbligato che gli ha venduto lo stabile, è però in certa guisa il suo erede presuntivo; poichè l' avo , secondo il voto della natura, a lui si propone di fare un giorno passare i suoi beni, per mezzo del di lui padre o della di lui madre. Finalmente lo Statuto con quest'articolo non avendo permesso a colui che ha acquistato dall' obbligato lo stabile soggetto ad una rendita, di acquistarne la liberazione colla prescrizione di cinque anni, se non quando sia *una persona estranea*, non si può comprendere un nipote fra le *persone estranee*.

226. Lo Statuto nell' art. 423 con queste parole, *o altro suo erede presuntivo*, parifica il caso in cui l' obbligato avesse venduto lo stabile ad uno de' suoi parenti collaterali , che in mancanza dei figli fosse il suo erede presuntivo, al caso in cui l' avesse venduto ad uno de' suoi figli ; e quindi esclude questo parente collaterale, erede presuntivo dell' obbligato , dal diritto di acquistare colla prescrizione di cinque anni la liberazione dalla rendita cui era soggetto lo stabile acquistato dall' obbligato, come ne esclude i figli allorchè questi ne ha. L' affezione naturale che abbiamo per una persona da noi riguardata come quella che un giorno dee essere nostro erede, parve ai redattori dello Statuto che avesse qualche cosa di simile a quella che abbiamo pe' nostri figli, ed ha fatto loro temere, nella vendita fatta dall' obbligato al suo erede presuntivo , gli stessi accordi di frode e la stessa mancanza di pubblicità ch' essi hanno temuto in quelle che l' obbligato avesse fatte ad uno de' suoi figli.

228. Ma in qual tempo è necessario che colui che ha acquistato dallo obbligato fosse suo erede presuntivo, acciocchè possa dirsi compreso nella disposizione dell' art. 423 , e non possa acquistare colla prescrizione di cinque anni la liberazione dalla rendita cui è soggetto lo stabile da lui acquistato? Bisogna ch'egli avesse questa qualità nell' epoca del contratto di acquisto. Se infatti allorchè un parente collaterale dell' obbligato ha acquistato da lui lo stabile non era erede suo presuntivo, è riputato persona estranea, e la vendita a lui fatta è una vendita fatta ad una persona estranea, una vendita che non è in alcun modo sospetta di frode, e per conseguenza un titolo capace di dargli il diritto di acquistare colla prescrizione di cinque anni la liberazione dalle rendite ed ipoteche cui lo stabile da lui acquistato era soggetto, la qualità di erede presuntivo venditor dello stabile, che gli sopravviene da poi, non dee spogliarlo del diritto di prescrivere col possesso di cinque anni, che gli fu dato dalla vendita a lui fatta.

Viceversa, quando colui che ha acquistato lo stabile dall' obbligato, era in tempo del contratto il suo erede presuntivo, sebbene abbia poi cessato di aver questa qualità, non può acquistare colla prescrizione di cinque anni la liberazione dalla rendita a cui era tenuto colui che glielo ha venduto : poichè basta ch'egli abbia avu-

to al tempo del contratto una tal qualità di erede presuntivo dell' obbligato, perchè la vendita sia stata una vendita fatta all'erede dell'obbligato, e per conseguenza un titolo incapace di dare all' acquirente il diritto di prescrivere col possesso di cinque anni.

229. Acciocchè i figli o altri eredi presuntivi dell'obbligato che hanno acquistato da lui uno stabile, non possano liberarsi colla prescrizione di cinque anni dalla rendita a cui era tenuto colui che lo ha loro venduto, nulla influisce ch' essi dimorassero nella stessa casa, o in case separate; lo Statuto non avendo fatto alcuna distinzione a questo proposito, neppur noi dobbiamo farne: *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

230. Queste disposizioni statutarie che non permettono che abbia luogo la prescrizione mediante il possesso di cinque anni, quando l' obbligato abbia venduto lo stabile al suo erede presunto, si eluderebbero facilmente se non si ritenesse lo stesso quando la vendita è fatta ai figli dell'erede presuntivo: quindi bisogna ritenere che non avvi luogo a questa prescrizione, tanto nel caso in cui la vendita sia stata fatta all' erede presuntivo dell'obbligato che ha venduto lo stabile, quanto nel caso in cui sia stata fatta a' suoi figli.

231. Quando durante il matrimonio, in esecuzione di una sentenza di separazione, un uomo abbia dato a sua moglie in pagamento di ciò che a lei spetta uno stabile soggetto ad una rendita a cui era egli obbligato, potrà la moglie, a cui non fu dichiarata questa rendita, acquistarne la liberazione colla prescrizione di cinque anni? Si può addurre per l' affermativa che l' articolo dice: *Se l' obbligato avesse venduto . . . . a suo figlio, a sua figlia* *o ad un altro suo erede presuntivo*, senza parlare della moglie dell' obbligato, e quindi non avendone parlato, lo Statuto, si dirà, non ha compreso la moglie nell' eccezione stabilita dall' art. 423; e l' ha lasciata nel diritto comune secondo il quale ogni acquirente colla prescrizione di cinque anni può acquistare la liberazione dalle rendite ed ipoteche, di cui non si provi ch' egli ebbe cognizione. Nulla di meno bisogna decidere che la moglie in questo caso non può prescrivere. Lo Statuto ha bastantemente compreso la moglie nella disposizione dell' art. 423 dicendo in termini generali, alla fine dell' art., che la prescrizione aveva luogo soltanto allorchè l' obbligato avea venduto a persone estranee, con queste parole: *Il detto possesso di cinque anni ha luogo fra persone estranee.* Ora non avvi persona che sia meno *estranea* della moglie dell' obbligato; le relazioni tra marito e moglie, ancorchè separati di beni, sono anche più intime di quelle che passano fra un uomo ed i suoi eredi presuntivi; le stesse ragioni su cui è fondata la disposizione dell'art. 423, riguardo ai figli ed eredi presuntivi, si riscontrano con una forza anche maggiore riguardo alla moglie dell' obbligato che ha acquistato da lui; si dee dunque ritenerla compresa nella eccezione.

232. Tutte le altre persone, per quanto siano in un grado vicino di parentela collaterale coll' obbligato che loro ha venduto lo stabile, purchè non siano nel numero de' suoi eredi presuntivi, si reputano persone estranee, e come tali posson prescrivere il possesso di 5 anni.

§ 4. *Contro quali persone decorra la prescrizione derivante dal possesso di cinque anni.*

233. Questa prescrizione, al pari di tutte le altre, non decorre contro ai creditori i quali per qualche legittimo impedimento non abbiano potuto intentare le loro azioni, per tutto il tempo che un tale impedimento è durato, secondo la massima generale: *Contra non valentem agere, nulla currit præscriptio*. Tutto ciò che abbiamo detto a questo proposito *supra, n.* 22 *e seg.* può esser qui applicato riguardo a questa prescrizione.

Gli Statuti che hanno stabilito la prescrizione mediante il possesso di cinque anni, non avendo spiegato se questa prescrizione debba correre contro a' minori, creditori di rendite o ipoteche che non sono state dichiarate all'acquirente dello stabile che vi è soggetto, si è agitata la questione, se questa prescrizione debba o no decorrere contro a' minori.

Avvi luogo a questa questione allora soltanto che i minori sono provveduti di tutori o di curatori che possono intentare le loro azioni, mentre sinchè ne sono destituti, non essen-

dovi persona che possa intentare per essi le loro azioni, non avvi alcun dubbio che la prescrizione non possa contro essi decorrere, secondo la regola generale che, *contra non valentem agere, nulla currit praescriptio.*

234. Ma quando i minori siano provveduti di tutori o di curatori, tale prescrizione decorrerà essa a loro riguardo? Si dirà per l'affermativa che questi Statuti avendo in termini generali liberato l' acquirente di uno stabile dopo che l' abbia posseduto per cinque anni, dalle rendite ed ipoteche a cui è soggetto, senza fare a questo proposito alcuna distinzione se questi crediti appartengono a maggiori o minori, non dobbiam distinguere neppur noi: *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* Ciò non ostante, Pallu, sullo Statuto di Tours, riporta una decisione del 1654, la quale ha giudicato che la prescrizione derivante dal possesso di cinque anni non era decorsa a favore dell'acquirente di uno stabile soggetto ad una rendita costituita, durante la minore età della persona che ne era creditrice. La ragione su cui poggiasi una tal decisione si è, che non eravi bisogno che gli Statuti eccettuassero espressamente da questa prescrizione le rendite cui lo stabile era soggetto verso i minori, poichè per diritto comune non erano soggette nè a questa prescrizione, nè a verun' altra. Noi ne abbiamo addotto la ragione *supra*, *n.* 8, la quale è che la prescrizione essendo una specie di alienazione che fa colui che lascia perder la cosa mediante la prescrizione, le cose di cui le leggi non permettono l' alienazione, non debbon esser alla prescrizione soggette; ora le rendite de'minori sono immobili di cui le leggi non permettono l' alienazione al pari che di tutti gli altri stabili de' minori; esse non debbono dunque esser soggette alla prescrizione. La decisione da noi riportata ebbe luogo in un caso in cui trattavasi di una rendita.

235. Cosa si dovrebbe decidere se lo stabile fosse soggetto ad una ipoteca che il minore avesse per un semplice credito mobiliare? La questione soffre in questo caso una maggior difficoltà, non riscontrandosi in essa le stesse ragioni: non avendo le leggi proibito l' alienazione di mobili dei minori, pare che se ne possa concludere che non ne impediscono la prescrizione. Questa quistione ha molta analogia con quella che noi trattiamo nell' art. 3, se la prescrizione triennale de' mobili abbia luogo contro ai minori, e perciò colà rimettiamo il lettore.

236. La prescrizione di cinque anni negli Statuti di Angiò, del Manese e del Lodunese, libera lo stabile dalle rendite ed ipoteche cui è soggetto da un tempo non maggior di trent' anni a favor della chiesa, come lo libera di quelle de' particolari laici; poichè questi Statuti hanno delle espresse disposizioni con cui restringono il privilegio che hanno i beni della chiesa di non esser soggetti che alla prescrizione di quarant'anni, ai soli beni di suo antico dominio, e vogliono che tutti i suoi nuovi acquisti sieno soggetti alle stesse leggi ed alle stesse prescrizioni de' beni de'particolari laici. Veggasi lo Statuto di Angiò, art. 447, 448; del Manese, art. 459 460; del Lodunese, tit. 20, art. 7 e 9.

Nello Statuto di Turrena, che non ha una simile disposizione, io credo che tale prescrizione non possa liberare lo stabile dalle rendite costituite cui sia soggetto a favor della chiesa; poichè secondo il diritto comune la chiesa ha il privilegio, che tutti i suoi beni immobili, tanto i nuovi quanto gli antichi, siano soggetti soltanto alla prescrizione di quaranta anni, come abbiam veduto *supra.* Riguardo alle ipoteche che la chiesa ha su di uno stabile per semplici crediti mobiliari, io inclinerei a credere che lo stabile possa esserne liberato colla prescrizione di cinque anni.

237. Si fa la questione, se il tempo della prescrizione di cinque anni decorra contro agli assenti, cioè contro a' creditori che hanno delle rendite o ipoteche sullo stabile, e che dimorino in una provincia diversa da quella in cui dimora l' acquirente dello stabile. Pallu c' insegna, sullo Statuto di Tours, aver molti preteso che, ad eccezione dello Statuto del Lodunese, il quale dice in termini formali che la prescrizione di cinque anni decorre tanto contro agli assenti quanto contro ai presenti, negli altri Statuti che non si sono su tal punto spiegati, si debba almeno raddoppiare il tempo della prescrizione riguardo agli assenti; cosicchè l' acquirente ac-

quisti col possesso di cinque anni la liberazione dalle rendite cui lo stabile è soggetto, quando i creditori di queste rendite sono presenti, ma possa acquistarla soltanto col possesso di dieci anni quando i creditori sono assenti. Essi traevano argomento da ciò che nella prescrizione di dieci o venti anni se ne raddoppiava il tempo riguardo agli assenti; ma Pallu soggiunge che questa opinione venne proscritta da una decisione del 16 dicembre 1650, emessa nello Statuto di Angiò, la quale giudicò che il sig. Barillon, dimorante in Angiò, avea acquistato colla prescrizione di cinque anni la liberazione da una rendita cui lo stabile da lui acquistato era soggetto, sebbene il creditore della rendita dimorasse nella provincia di Poitou; e che il detto acquirente ne avesse fatto l'acquisto soltanto da otto anni e mezzo; questa decisione trovasi pure nel Giornale delle Udienze. L' argomento che si traeva dalla prescrizione di dieci o vent' anni in favore dell' opinione proscritta con questa decisione, era un cattivissimo argomento. Se nel caso della prescrizione di dieci o venti anni, se ne raddoppia il tempo allorchè la persona contro cui l' acquirente prescrive sia assente, cioè dimora in un' altra provincia, è perchè la legge che ha stabilito questa prescrizione, se n' è formalmente spiegata; al contrario gli Statuti di Tours, di Angiò o del Manese, stabilendo la prescrizione di cinque anni per la liberazione di uno stabile dalle rendite ed ipoteche cui è soggetto, non hanno fatta distinzione alcuna fra i creditori presenti e gli assenti, e non si dee quindi fare una distinzione che la legge non ha fatta: *Ubi lex non distinguit, nec nos debemus distinguere.*

§ 5. *Quali qualità debba avere il possesso di cinque anni per far acquistare la prescrizione.*

238. Acciocchè l' acquirente di uno stabile o altro immobile possa acquistare colla prescrizione di cinque anni la liberazione dalle rendite ed ipoteche cui è soggetto, bisogna, 1.° che il suo possesso derivi da un giusto titolo. Gli Statuti di Angiò, art. 422, del Manese, art. 437, e del Lodunese, cap. 20, art. 1, si sono intorno a ciò formalmente spiegati. La ragione ne è evidente; un possessore che non mostra alcun titolo del suo possesso, a meno che un lunghissimo tempo di trent' anni o più non lo faccia presumere, è un possessor ingiusto, che chiamasi in diritto *praedo*, come lo abbiam veduto nel nostro Trattato del Possesso, n. 8. Ora, è un principio certo che un possesso ingiusto non può servir di fondamento ad una prescrizione la quale ci faccia acquistare qualche diritto mediante tale possesso.

Si chiamano *giusti titoli* tutti i contratti ed altri atti, i quali mediante la tradizione che si fa in loro esecuzione, trasferiscono ad alcuno la proprietà di una cosa, come sono i contratti di vendita, di permuta, le donazioni, i legati.

Purchè il possesso dell' acquirente derivi da un giusto titolo, nulla influisce che questo sia oneroso, come è la vendita, o gratuito, come è la donazione; non avendo fatto gli Statuti distinzione alcuna a questo proposito, non dobbiamo farla neppure noi.

Ancorchè si riscontri qualche difetto di forma nel titolo di acquisto dello stabile, se in esecuzione di questo titolo ne è stata fatta la tradizione all' acquirente, si reputa che questo lo possegga a giusto titolo; e può in conseguenza acquistare colla prescrizione di cinque anni la liberazione dalle rendite ed ipoteche cui il suo stabile è soggetto.

Supponiamo, per esempio, che mi sia stato legato uno stabile con un testamento che avea qualche difetto di forma, e che l' erede rispettando la volontà del testatore non abbia avuto riguardo ad un tale difetto di forma, e me lo abbia consegnato; questo difetto di forma nel testamento, che è il mio titolo, non impedisce che io sia riputato possessor dello stabile a giusto titolo; ed io posso per conseguenza acquistare colla prescrizione di cinque anni la liberazione dalle rendite ed ipoteche cui lo stabile è soggetto, senza che i creditori possano difendersi da questa prescrizione

per la mancanza di forma del testamento. Infatti le formalità testamentarie essendo stabilite soltanto a favore dell' erede, il solo erede è ammissibile ad opporne la mancanza; e non vi sono ammissibili i creditori.

Ma v' ha di più; quand' anche il legato di uno stabile a me fatto fosse stato rivocato, se l' erede, che ha trovato equo un tale legato, ancorchè ne conoscesse la rivocazione, ha voluto consegnarmelo, si reputa ch' io lo possegga in virtù di un giusto titolo; il quale se in questo caso non sarà il titolo *pro legato*, sarà il titolo *pro suo*. Veggasi ciò che abbiamo detto *supra*, *n*. 76.

239. Per acquistare colla prescrizione di cinque anni bisogna in secondo luogo, che il possesso dell' acquirente sia stato un possesso di buona fede, cioè ch' egli per tutto questo tempo non abbia avuto cognizione delle rendite ed ipoteche cui era sottoposto lo stabile da lui acquistato, e che lo abbia posseduto per tutto il tempo suddetto credendolo libero dalle dette rendite ed ipoteche. Gli Statuti di Angiò e del Manese, negli art. succitati, esigono la buona fede in termini formali.

240. Bisogna in terzo luogo che il possesso dell' acquirente sia stato continuo e pacifico per tutti i cinque anni, cioè che non abbia sofferto durante il tempo suddetto interruzione alcuna, nè naturale nè civile.

L' interruzione naturale ha luogo quando l' acquirente, prima che sia compito il tempo de' cinque anni, abbia realmente perduto il possesso dello stabile; ed abbia cessato di possederlo.

Ancorchè quest' acquirente abbia dipoi ricuperato il possesso dello stabile, essendo esso però stato interrotto, il tempo decorso prima della interruzione non può servirgli, e non può prescrivere sennonchè possedendo lo stabile per cinque anni da computarsi dal giorno in cui ne ha ricuperato il possesso. Ciò risulta dalle parole degli Statuti di Angiò, del Manese e di Tours, *ritiene e possiede per cinque anni* CONTINUI: ciò d' altronde è conforme alla natura di tutte le prescrizioni, con cui si acquista qualche diritto mediante il possesso, le quali esigono tutto un possesso continuo e non interrotto.

Veggasi *supra*, *n*. 39 *e seg*. ciò che abbiamo detto intorno all' interruzione naturale del possesso.

L' interruzione civile è quella, che nasce da una domanda per un' azione ipotecaria o altra azione d' interruzione fatta dal creditore contro l' acquirente, prima che sia compito il tempo della prescrizione. Ciò risulta dalle parole dello Statuto di Angiò e del Manese, *senza citazione d' interruzione, o altra inquietudine*, come, per esempio, sarebbe una opposizione fatta dal creditore alla spropriazione dello stabile richiesto dallo acquirente, e come sarebbe in oggi un' opposizione fatta all' uffizio delle ipoteche.

Si osservi una differenza fra l' interruzione naturale e l' interruzione civile; l' interruzione naturale interrompe la prescrizione derivante dal possesso di cinque anni riguardo a tutti i creditori, che hanno qualche rendita o qualche ipoteca sullo stabile; ma l' interruzione civile l' interrompe soltanto riguardo al creditore che ha instituita la domanda; il tempo della prescrizione non cessa di decorrere e di compirsi contro gli altri creditori, che non hanno spiegato domanda alcuna. Veggasi *supra*, *n*. 48 *e seg*., ciò che abbiamo detto sulla interruzione civile.

241. Per acquistare colla prescrizione di cinque anni bisogna, in quarto luogo, che il possesso dell' acquirente sia stato pubblico e notorio; ed esso dee esser tanto più notorio in questa prescrizione in quanto che il tempo essendo più corto, i creditori che hanno rendite o ipoteche sullo stabile hanno un tempo minore per esserne informati.

Gli Statuti di Angiò e del Manese l' hanno detto in termini formali: *Ed è da osservarsi*, dice quello di Angiò, art. 430, *che per potersi difendere il detto acquirente colla prescrizione e possesso di cinque anni, si richiede che abbia posseduto pel tempo suddetto continuamente, con un possesso pubblico, e non clandestinamente: e bisogna, che sia tale che gli altri acqui-*

renti o creditori, ne abbiano verosimilmente avuto o potuto aver cognizione.

Da un tale principio gli stessi Statuti traggono questa conseguenza: *E perciò* (continuano essi) *se colui che ha venduto e alienato, rimane affittajuolo, o detentore delle cose dopo averle alienate, ancorchè ciò sia a nome dell' acquirente, ciò nonostante un tal possesso non sarà bastante a pregiudicare i terzi, se non quando questi terzi siano stati debitamente accertati del contratto, nel qual caso la detta prescrizione di cinque anni avrà luogo.*

Lo Statuto del Lodunese ha una disposizione simile, cap. 20, art. 2, ove dice: *E si dee intendere il detto possesso reale e naturale, quando lo acquirente del detto stabile ha ritenuto e coltivato il detto podere da sè stesso, o per mezzo d' altri, che lo ritenessero e coltivassero per lui ed in suo nome, eccetto però il venditore dello stabile, cosicchè si possa conoscere che il dominio ed il possesso di detto stabile sia passato in altre mani.*

Sebbene quello di Tours non siasi spiegato su tale proposito, pure una tale disposizione dee aver luogo anche in esso. Dalla disposizione di questo articolo risulta, che quando colui che ha venduto, o donato, o alienato a qualunque siasi altro titolo uno stabile, dopo la fatta alienazione continua a rimanere nello stabile stesso, o in virtù di una clausola di ritenzione di usufrutto, o per un affitto che l' acquirente gli abbia fatto nel contratto stesso di alienazione; sebbene questo venditore o donante rimanga nello stabile e lo ritenga a nome dell' acquirente, e lo acquirente ne sia il vero possessore, nulladimeno l' acquirente non può in questo caso acquistare colla prescrizione di cinque anni la liberazione dalle rendite ed ipoteche cui lo stabile è soggetto; perchè il suo possesso non è abbastanza notorio per dare ai creditori la cognizione dello acquisto ch' egli ha fatto dello stabile; questi creditori che vedono il venditore o donante continuare a dimorare nello stabile, hanno motivo di credere che continui ed esserne proprietario, e d' ignorare l' alienazione che ne ha fatta.

242. Siccome per causa soltanto della giusta ignoranza, che i creditori possono avere dell' acquisto dello stabile, non si fa luogo alla prescrizione di cinque anni, ne viene in conseguenza che se sia provato, che i creditori di rendite o ipoteche imposte sullo stabile, hanno avuto o potuto aver facilmente cognizione dell' acquisto, si fa luogo alla prescrizione di cinque anni, quale comincia a decorrere contro ai detti creditori dal giorno, in cui hanno avuto o potuto aver facilmente una tale cognizione. Quest' è il senso delle ultime parole dell' art. 429 surriferito.

Quando l' acquirente di uno stabile è un donatario, a cui il donante ne fece donazione riservandosi l' usufrutto, sebbene il donante abbia in conseguenza continuato a dimorar nello stabile, io credo che se il donatario abbia fatto insinuare la sua donazione, il tempo della prescrizione di cinque anni debba cominciar o decorrere dal giorno dell' insinuazione contro a tutti i creditori che hanno rendite o ipoteche sullo stabile; perchè l' insinuazione della donazione essendo una via legale, con cui le donazioni si reputano rese pubbliche, si dee ritenere che i creditori siano stati coll'insinuazione *debitamente accertati* della donazione, e siano per conseguenza soggetti alla prescrizione.

243. Gli Statuti avendo deciso che quando colui che ha alienato lo stabile, dopo la fattane alienazione abbia continuato a dimorar nello stabile a titolo di usufrutto o di affitto, il possesso, che l' acquirente ha in questo caso, non è abbastanza notorio per la prescrizione di cinque anni, cosa si dee decidere nel caso inverso, cioè quando il fittajuolo o l' usufruttuario dello stabile, che vi dimorava in questa qualità, ne abbia fatto l' acquisto? Dupineau crede, che sebbene gli Statuti non si siano spiegati su questo caso come hanno fatto nell'altro, non debba però in esso aver luogo tale prescrizione. Avvi infatti un' intiera parità di ragione fra un caso e l' altro, non essendo il possesso dell' acquirente più notorio in questo che nell' altro caso; imperciocchè come nell' altro caso i creditori, vedendo colui che ha venduto o alienato uno stabile continuar a rimanere nello sta-

bile stesso, hanno motivo di credere che continui ad esserne proprietario, e d' ignorare l' alienazione che ne ha fatta; così egualmente quando i creditori vedono l' acquirente dello stabile, che essi hanno riconosciuto per usufruttuario o fittajuolo, continuare a dimorar nello stabile, han motivo di credere che continui a dimorarvi nella stessa qualità che aveva di usufruttuario o di fittajuolo, e d' ignorare l' acquisto che ne ha fatto. Si dee dunque, per parità di ragione, decidere in questo caso come nell' altro, che il possesso dell' acquirente non è abbastanza notorio per dar luogo a tale prescrizione: *Ubi eadem ratio et æquitas occurrit, idem jus statuendum est.*

Molineo, in una nota sull' art. 429 surriferito, propone il caso di un acquirente che avesse cominciato dal prendere in affitto uno stabile, e che due giorni dopo apparisse che ne avesse fatto l' acquisto, e decide che in questo caso l' affitto non impedisce che decorra il tempo del retratto, e dà solamente luogo alla questione se vi sia stata frode. Dupineau rigetta con ragione questa opinione di Molineo, mentre è chiaro che l' affitto fu fatto soltanto per nascondere l' acquisto dello stabile, e farsi riguardare come fittajuolo; e quando fosse possibile di non supporre nell'acquirente la frode o il disegno di nascondere il suo acquisto, basta che in fatto quest' affitto, facendolo riguardare come fittajuolo, abbia impedito che l' acquisto fosse bastantemente notorio.

§ 6. *Da quando cominci a decorrere la prescrizione derivante dal possesso di cinque anni; e quando si reputi compita.*

244. Il tempo della prescrizione di cinque anni, al pari di quello delle altre prescrizioni, comincia a decorrere dal giorno, in cui l'acquirente è stato messo in possesso dello stabile, in esecuzione del contratto di vendita a lui fatta, o di qualunque altra specie di titolo di acquisto.

245. Salvo però che, se il contratto di vendita o altro titolo di acquisto fosse stato fatto sotto qualche condizione sospensiva, l'acquirente, quand' anche stato fosse messo in possesso dello stabile subito e prima della verificazione della condizione, non potrebbe computare il tempo della prescrizione, se non dal giorno della verificazione di questa condizione, per le ragioni da noi riportate *supra*, n. 90.

Per la stessa ragione, quando taluno abbia venduto in nome di un terzo, sebbene abbia subito messo in possesso l' acquirente, questi però può cominciare il tempo della prescrizione soltanto dal giorno della ratifica, per le ragioni da noi addotte, n. 92.

Quando la cosa acquistata sia una rendita, riputandosi che l' acquirente ne acquisti il possesso colla notificazione, che ne fa al debitore per mezzo di un usciere, o coll' accettazione che ne faccia il debitore avanti notajo, dal giorno di questa notificazione o di quest' accettazione comincia a decorrere la prescrizione.

246. Per compire il tempo della prescrizione di cinque anni, l' acquirente può aggiungere al tempo del suo possesso quello del possesso de' suoi autori, che hanno, come esso, posseduto lo stabile nella giusta opinione che fosse libero dalle rendite ed ipoteche, cui era sottoposto. Vedasi a questo proposito tutto ciò che abbiamo detto *supra*.

Il tempo di questa prescrizione, al pari di quello di tutte le altre che ci fanno acquistar qualche cosa mediante il possesso, si compie subito che l' ultimo anno sia cominciato, *supra*, n. 102.

ARTICOLO V.

Qual legge debba regolare le prescrizioni colle quali noi acquistiamo il dominio di proprietà delle cose e la liberazione da' pesi a cui sono soggette.

247. Le leggi che riguardano le prescrizioni, colle quali noi acquistiamo la proprietà delle cose, essendo leggi che hanno per oggetto le cose stesse, sono Statuti reali, il quali, secondo la loro natura, esercitano il loro impero su tutte le cose, che vi sono soggette riguardo a qualunque persona.

Tutte le cose, che hanno una situazione come sono gli stabili, cioè tanto le case, quanto i terreni, sono sottoposte all' impero della legge del luogo in cui sono situate.

I diritti reali che noi abbiamo in uno stabile, come sono i diritti di rendita fondiale, di usufrutto ec., si reputano avere la stessa situazione dello stabile, e sono egualmente sottoposti all' impero della legge del luogo in cui lo stabile è situato. La legge, che dee regolare la prescrizione che ci fa acquistare la proprietà di uno stabile o di una rendita fondiale, dee esser dunque la legge del luogo in cui lo stabile è situato, e quindi nulla influisce il saper quale sia il domicilio tanto del possessore che acquista, quanto del proprietario spogliato mediante la prescrizione.

Se, per es., io ho posseduto per dieci anni con titolo e buona fede il vostro stabile situato sotto lo Statuto di Blois, che ammette la prescrizione di dieci anni fra presenti, e di venti fra assenti, sebbene noi dimoriamo ambedue sotto quello di Orleans, che ammette soltanto quella di trenta anni, io l' avrò nondimeno acquistato colla prescrizione di dieci, a cui è soggetto per la legge del luogo della sua situazione. *Viceversa*, se il vostro stabile, ch' io posseggo con titolo e buona fede, è situato sotto allo Statuto di Orleans, sebbene noi dimoriamo ambedue sotto allo Statuto di Blois, che ammette la prescrizione di dieci anni fra presenti, io non potrò acquistarlo se non col possesso di trent' anni, perchè lo Statuto di Orleans non ammette altra prescrizione, che quella di trent' anni.

Se le terre dipendenti dal vostro stabile ch' io ho posseduto per dieci anni con titolo e buona fede, erano situate sotto diversi Statuti, le une, per esempio, sotto allo Statuto di Blois che ammette la prescrizione di dieci anni, e le altre sotto a quello di Orleans, che ammette soltanto quella di trenta, io avrò acquistato colla prescrizione di dieci anni le terre situate sotto allo Statuto di Blois, e voi conserverete quelle situate sotto allo Statuto di Orleans. Queste terre, infatti, sebbene componessero per destinazione del padre di famiglia uno stesso stabile, sono però differenti le une dalle altre, e ciascuna ha la sua differente situazione; esse sono quindi sottoposte alle diverse leggi della loro diversa situazione, e nulla impedisce che voi possiate essere spogliato colla prescrizione di dieci anni di quelle che sono situate sotto allo Statuto di Blois, e conserviate quelle che sono sotto allo Statuto di Orleans, come voi avreste potuto per vendita o per donazione disporre delle une conservando le altre.

248. Le rendite fondiali riputandosi avere la stessa situazione dello stabile se una tal rendita si debba prendere su di uno stabile, che abbia delle terre di sua dipendenza situate sotto diversi Statuti, si reputerà che la rendita fondiale abbia la sua situazione, a motivo delle diverse parti dello stabile su cui si dee prendere, sotto ai diversi Statuti, ne' quali sono situate le diverse parti dello stabile; ed in conseguenza questa rendita sarà sottoposta all' impero di questi differenti Statuti, in ragione delle diverse parti dello stabile su cui deve prendersi. Se, per esempio, qualcuno, dimorando nella stessa vostra provincia, possiede con titolo e buona fede una rendita fondiale a voi appartenente, la qual rendita debba prendersi sopra uno stabile che abbia un terzo delle sue terre situato sotto allo Statuto di Blois, e gli altri due terzi sotto quello di Orleans; quando questo possessore avrà posseduto la vostra rendita per dieci anni, diventerà proprietario della vostra rendita fondiale da prendersi sulle terre che sono situate sotto allo Statuto di Blois, che ammette la prescrizione di dieci anni; e voi continuerete ad esser proprietario della rendita da prendersi sulle terre situate sotto allo Statuto di Orleans, il quale non ammette altra prescrizione che quella di trent' anni.

Ma siccome due persone non possono esser proprietarie, ciascuna pel totale di una stessa cosa, *duo non possunt esse domini in solidum*, così il dominio di questa rendita si dividerà necessariamente fra questo possessore e voi, in proporzione della parte dello stabile su cui egli ha acquistato la rendita, e della parte su

cui voi l'avete conservata; cioè, nella nostra ipotesi, egli sarà proprietario della rendita per un terzo, e voi ne rimarrete proprietario per gli altri due terzi.

Mediante questa divisione della rendita, le diverse parti dello stabile, che prima della divisione erano soggette ciascuna pel totale alla rendita, sono liberate da questa solidalità: e quelle poste sotto allo Statuto di Blois saranno sottoposte soltanto al terzo della rendita, e le altre soltanto ai due terzi.

Questa divisione ha luogo quando il possessore della rendita, dopo averne acquistato una parte colla prescrizione, cioè per la parte delle terre situate sotto allo Statuto di Blois, abbia dipoi sofferta da voi l' evizione del di più della detta rendita corrispondente alle terre situate sotto allo Statuto di Orleans, che vi sono soggette.

Ma quando il possessor della rendita, avendola posseduta per trent'anni intieri, abbia acquistato la rendita su tutte le parti dello stabile che vi era soggetto, cioè tanto sopra quelle situate sotto allo Statuto di Orleans quanto sopra quelle situate nello Statuto di Blois, essendo diversi i proprietarj di queste diverse parti, potranno essi, per difendersi dalla solidalità della rendita, opporre al proprietario di essa, che colui dal quale l' ha acquistata non ne era proprietario, e non ha potuto per conseguenza trasferirgliene la proprietà; ch'egli è divenuto proprietario soltanto per mezzo della prescrizione; che non essendolo divenuto che successivamente e per parti, si era fatta una divisione della rendita, quando ne era divenuto proprietario sulle terre situate sotto allo Statuto di Blois, prima di esserlo divenuto di quelle situate sotto allo Statuto di Orleans, la qual divisione avea distrutto la solidalità? Io non credo che i debitori della rendita siano ammissibili ad usare questo mezzo di difesa. Il possessor di una cosa si presume di diritto che ne sia il proprietario, sinchè il vero proprietario non la reclama e non giustifica il suo diritto; quindi il possessor di questa rendita si presume che ne sia il proprietario pel totale, dal momento in cui ha cominciato a possederla; il debitor della rendita opporrebbe un' eccezione che riguarda il diritto altrui, opponendo che la rendita apparteneva ad un altro, da cui il possessore l' ha acquistata mediante la prescrizione; ora nessuno è ammesso ad opporre un'eccezione derivante dal dritto altrui.

249. Non è lo stesso di un diritto di signoria, di feudo o di censo, come di un semplice diritto di rendita fondiale. Sebbene queste signorie consistano in un dominio di superiorità, che è anche un diritto reale che il signore ha negli stabili che dipendono da lui come feudi o come censi; pure siccome il signore all' epoca dell'alienazione ch'egli ha fatto degli stabili a titolo di feudo o di censo, ha attaccato questo diritto di signoria ad una certa torre, o ad un certo castello, che è il capo luogo della sua signoria, e il luogo in cui esso l' esercita; siccome da questa torre o da questo castello tutti gli stabili della signoria si dicono dipendere come feudi o censi, così avvi luogo a credere che questa signoria debba riputarsi avere la sua situazione nel luogo, in cui è situato il capo luogo o cui è annessa, piuttosto che ne' diversi luoghi, in cui sono situati gli stabili su' quali si estende; per conseguenza dee esser sottoposta all' impero della legge del territorio in cui il capo luogo è situato, e questa legge dee regolare la prescrizione che la fa acquistare al possessore. Se, per esempio, taluno dimorante nella stessa vostra provincia avesse posseduto con titolo e buona fede per dieci anni una signoria, il cui capo luogo sia situato sotto allo Statuto di Blois, che ammette la prescrizione di dieci anni, avrebbe colla prescrizione acquistata questa signoria anche sugli stabili dipendenti come censi o come feudi da tal vostra signoria, ancorchè situati sotto allo Statuto di Orleans, che ammette soltanto la prescrizione di trent' anni; e *vice versa*, se il capo luogo fosse situato sotto lo Statuto di Orleans non potrebbe acquistare la vostra signoria, se non colla prescrizione di trent' anni, anche sugli stabili che ne dipendono o che fossero situati sotto allo Statuto di Blois.

Ci si opporrà forse ciò che noi abbiamo detto, cioè che il diritto di rendita fondiale da prendersi su di uno stabile, le cui diverse parti sieno situate sotto diversi Statuti, si reputa aver la sua situazione sotto ai diversi Statuti, sotto cui sono situate le diverse sue parti, perchè tale diritto essendo un diritto reale, che il creditor della rendita ha nelle diverse parti dello stabile alla sua rendita soggetto, si reputa avere la stessa situazione che hanno queste diverse parti. Ora, si dirà forse, il diritto di signoria è parimenti un diritto di dominio di superiorità che il signore ha ne' diversi stabili che dipendono, o come feudi o come censi, dalla sua signoria: questo diritto di signoria dee dunque egualmente riputarsi situato, riguardo a questi differenti stabili, ne' differenti luoghi su cui sono situati. Ma io rispondo che la ragione di tale differenza si è, che gli stabili soggetti ad una semplice rendita fondiale, essendone tenuti soltanto verso la persona cui la rendita è dovuta, e non essendovi alcun luogo a cui questo diritto di rendita sia annesso, e da cui dipendano gli stabili che vi sono soggetti, tal diritto non può aver altra situazione che quella che hanno gli stabili su cui dee prendersi; al contrario, un diritto di signoria essendo annesso ad un capo luogo da cui gli stabili della signoria dipendono, dove è situato il capo luogo ivi dee riputarsi che abbia la sua situazione la signoria che vi è annessa piuttosto che ne' differenti luoghi, in cui gli stabili dipendenti da questa signoria sono situati.

Si opporrà fors' anche che le leggi dei diversi luoghi in cui sono situati gli stabili che dipendono da una signoria sono quelle che regolano i diversi diritti feudali cui sono soggetti, e non le leggi del luogo in cui è situato il capo luogo della signoria; dunque, si dirà, le leggi de' luoghi in cui sono situati gli stabili dipendenti da una signoria debbono egualmente regolarne la prescrizione. Ma la conseguenza è malissimamente dedotta; i diritti feudali sono pesi, che la legge ha imposti sugli stabili che dipendono come feudi o come censi; la sola legge cui essi sono sottoposti, cioè quella del luogo in cui sono situati, ha potuto imporre loro questi pesi; e quindi questa sola legge può regolare questi pesi, e non quella del luogo in cui è situato il capo luogo della signoria. Ma la prescrizione che fa acquistare la proprietà della signoria a chi la possiede, è una cosa che nulla influisce sugli stabili che ne dipendono; la condizione dei proprietarj di questi stabili non si cangia in alcun modo colla prescrizione, che fa passare la proprietà della signoria al possessore; non son dunque le leggi che regolano gli stabili dipendenti dalla signoria, ma piuttosto la legge che regola il capo luogo, a cui è annesso il diritto di signoria, è quella che dee regolarne la prescrizione.

Qualunque siasi questo capo luogo fosse egli un casolare, foss'egli anche un olmo, sotto cui il signore riceve gli omaggi da' suoi vassalli ed il censo dei suoi censuarj, nulla influisce in tale proposito; questo casolare, quest' olmo è il capo luogo della signoria a cui il diritto di signoria è annesso, e la legge del luogo in cui è situato è quella che dee regolarne la prescrizione.

250 Riguardo alle signorie che non avessero capo luogo, esse, al pari delle rendite fondiali, non possono riputarsi aver altra situazione che quella dei diversi luoghi, in cui sono situati i diversi stabili, ne' quali il signore ha il diritto di dominio di superiorità che costituisce la sua signoria.

251. Passiamo alle cose che non hanno situazione, come sono le rendite costituite ed i mobili; queste cose sono regolate dalla legge, che regola la persona di colui che ne è proprietario, cioè dalla legge del luogo in cui ha il suo domicilio: la legge, dunque, di tale domicilio dee regolarne la prescrizione ed il proprietario non può essere spogliato delle cose che gli appartengono, sennonchè con una legge, all' impero della quale egli sia sottoposto.

252. Quando, durante il corso delle prescrizione di queste cose, che si regola colla legge del luogo del domicilio di colui che ne è proprietario, questo proprietario cambia il suo domicilio, come dee regolarsi il tempo che resta a decorrere per compi-

re la prescrizione? Io credo che in questo caso per compire il tempo della prescrizione il possessore debba posseder la cosa per una porzione del tempo, che la legge del nuovo domicilio richiede per la prescrizione, la quale sia proporzionata alla porzione che restava a decorrere, all'epoca del cangiamento di domicilio, secondo la legge dell' antico domicilio; per es., se dopo che un tale, dimorando al pari di voi nel baliaggio di Blois, ha posseduto per otto anni con titolo e buona fede una rendita costituita, di cui siete proprietario, voi abbiate trasferito il vostro domicilio ad Orleans, all' epoca di questo vostro cangiamento di domicilio restando a decorrere soltanto il tempo di due anni, ch' è la quinta parte dei dieci che lo Statuto del vostro antico domicilio richiede per la prescrizione, bisognerà che dopo la vostra traslazione di domicilio ad Orleans, il possessor della vostra rendita la possegga ancora per sei anni, che sono la quinta parte dei trenta anni, che lo Statuto del vostro nuovo domicilio richiede per la prescrizione. *Viceversa*, se voi avete il vostro domicilio ad Orleans, e dopo che taluno ha posseduto per ventiquattro anni con titolo e buona fede una rendita costituita che vi appartiene, voi trasferite il vostro domicilio a Blois, dov' è domiciliato pur anche il possessor della vostra rendita, all'epoca della vostra traslazione di domicilio restando a decorrer solo sei anni, che sono la quinta parte dei trenta anni richiesti dalla prescrizione dello Statuto del vostro antico domicilio, per compiere la prescrizione basterà che il possessore della vostra rendita, dopo la vostra traslazione di domicilio, la possegga ancora per due anni, che sono la quinta parte de' dieci anni che lo Statuto del vostro nuovo domicilio richiede per la prescrizione.

253. Siccome la prescrizione che ci fa acquistare il dominio di proprietà delle cose si regola colla legge, a cui le dette cose sono soggette, così la prescrizione che ci fa acquistare la liberazione dei diritti reali che taluno ha su d' un nostro stabile, dee regolarsi colla legge a cui lo stabile è soggetto: questi diritti reali riputandosi avere la stessa situazione di quella del nostro stabile, su cui debbono prendersi e che n' è tenuto, sono regolati dalla legge del luogo, in cui lo stabile è situato, e la legge di questo luogo è quella che dee regolare la prescrizione che ne fa acquistare la liberazione. Per es., se un Orleanese proprietario di uno stabile situato sotto allo Statuto di Parigi, lo possiede per dieci anni, senz'aver cognizione di una rendita fondiale, cui il detto stabile era soggetto a favore di un altro Orleanese, ne avrà acquistato la liberazione colla prescrizione; poichè sebbene il proprietario di questa rendita avesse il suo domicilio sotto allo Statuto d' Orleans, che non ammette questa prescrizione di dieci anni, pure essendo sottoposto riguardo a' suoi beni alle leggi de' luoghi da cui questi sono regolati, e che sono le leggi in cui sono o si reputano essere situati, egli è sottoposto, riguardo a tale rendita fondiale, allo Statuto di Parigi, il quale regola la detta rendita, ch' *ivi* si reputa situata; e n' è quindi stato spogliato da questo Statuto, il quale ammette la prescrizione di dieci anni.

254. Avvi maggior difficoltà riguarda alla liberazione dalle ipoteche, che il creditor di una rendita costituita a prezzo di denaro, ha per questa sua rendita su di uno stabile. Il proprietario acquisterà egli la liberazione dalla ipoteca secondo la legge dello Statuto, che regola lo stabile soggetto a quest' ipoteca, ch' è quello del luogo della sua situazione; o pur secondo quello che regola la rendita, che è quello del luogo del domicilio del creditore? Per risolvere questa questione bisogna esaminare qual cosa costituisca l' oggetto di questa prescrizione. La rendita in sè stessa non è l' oggetto di una tale prescrizione, poichè il creditore con tale prescrizione perde bensì l' ipoteca che ha sullo stabile a causa della rendita, ma non perde la rendita: non è dunque la rendita, ma l' ipoteca che il creditore ha sullo stabile a causa della rendita, ciò che forma l' oggetto della prescrizione, perciò non è la legge che regola la rendita, ma quella che regola l' ipoteca che il creditore ha sullo stabile, che dee regolarne la prescrizione.

Si dirà forse che le ipoteche essendo soltanto accessorj della rendita, la legge che regola la rendita, cioè la legge del luogo del domicilio del creditore, è quella che dee riputarsi regolare le ipoteche che ne sono accessorj; e che perciò la legge del luogo del creditore è quella che dee regolar questa prescrizione, e non la legge del luogo, in cui è situato lo stabile ipotecato alla rendita. Io rispondo, che ne' casi in cui i diritti d'ipoteca, che sono accessorj ad una rendita, non si considerano separatamente dalla rendita, ma come facienti con essa un medesimo tutto, la legge che regola la rendita è quella che si reputa regolare tutto ciò che ne dipende, e per conseguenza anche i diritti d'ipoteca che ne sono accessorj. Per esempio, nel caso di una successione, la legge che regola la rendita, si reputa regolare egualmente tutt' i diritti d'ipoteca che ne sono accessorj, e trasmette la rendita con tutti i diritti d'ipoteca che ne dipendono, a colui ch' è chiamato alla successione di questa rendita, qualunque sia il luogo, in cui sono situati gli stabili ad essa ipotecati. Ma quando un diritto d'ipoteca, che il creditor di una rendita ha su qualche stabile, è considerato separatamente dalla rendita stessa, come nel caso di questa prescrizione, il di cui oggetto è di separare dalla rendita il diritto d'ipoteca che il creditore ha su di uno stabile a causa della sua rendita, d'estinguer questo diritto d'ipoteca lasciando sussistere la rendita; in questo caso non è la legge che regola la rendita quella che dee regolare il diritto d'ipoteca, ma la legge che è propria di tal diritto, cioè quella del luogo in cui è situato lo stabile, e che regola lo stabile, a cui il diritto d'ipoteca è annesso.

Lo stesso si dica di tutti gli altri diritti d'ipoteca che dei creditori avessero sul mio stabile per crediti mobiliari, o per qualunque siasi altra specie di crediti; non è la legge che regola i crediti, ma quella che regola il mio stabile, a cui i loro diritti d'ipoteca sono annessi, che dee regolare la prescrizione che me ne fa acquistare la liberazione.

ARTICOLO VI.

Di alcune specie di prescrizioni che hanno luogo in alcuni particolari Statuti.

§ 1. *Delle prescrizioni di sette anni che hanno luogo nello Statuto di Bajona.*

255. Lo Statuto di Bajona, nel tit. 13 *delle prescrizioni*, art. 1, stabilisce una prescrizione di sette anni, colla quale colui che ha posseduto durante un tal tempo uno stabile o altro immobile, ne acquista il dominio di proprietà, quando colui da cui lo ha acquistato non ne era proprietario, e colla quale colui che ha posseduto pel tempo suddetto acquista la liberazione dalle ipoteche ed altri pesi reali cui lo stabile era soggetto, e di cui non ne ha avuta cognizione.

Ecco le espressioni di questo Statuto: « Colui che come vero padrone ha tenuto e posseduto qualche cosa immobile, essendo presente, sapendolo e non contradicendo colui a cui la cosa è obbligata e che sia maggiore di venticinque anni, godendolo per detto tempo, ha prescritto la cosa, tanto contro al padrone quanto contro al creditore ».

Questa prescrizione sembra essere della stessa specie di quella di dieci anni fra presenti, stabilita dal diritto romano, ed adottata nella maggiore parte degli Statuti, di cui abbiamo trattato *supra*: eccetto che questo Statuto ne ha fissato il tempo a sette anni invece di dieci.

256. Questa prescrizione, al pari di quella di dieci anni fra presenti, richiede che il possessore abbia posseduto con titolo e buona fede. Lo Statuto lo spiega abbastanza dicendo, *che* COME VERO *padrone ha goduto e posseduto ec.* Possedere uno stabile come vero padrone, è possederlo come proprietario, o che si abbia almeno un giusto motivo per credere di esserlo; lo che può convenire soltanto a colui, che produce un giusto titolo da cui derivi il suo possesso, o il di cui possesso sia durato per un tempo abbastanza lungo per farlo presumere.

257. Lo Statuto con queste parole *sapendolo e non contradicendo*, intende dire soltanto ciò che gli altri Statuti dicono parlando del possesso di dieci anni, cioè che il possessore dee aver posseduto pubblicamente.

258. Finalmente con quest' ultime parole, *ha prescritto la cosa*, *tanto contro al padrone quanto contro al creditore*, lo Statuto dichiara il doppio effetto che ha questa prescrizione al pari di quella di dieci anni, cioè di far acquistare al possessore il dominio di proprietà dello stabile, e di spogliarne l' antico proprietario; e di far acquistare al possessore la liberazione dalle ipoteche, ed altri diritti reali che alcuni creditori vi avessero avuto, e de' quali egli non avesse avuto cognizione.

Tutto ciò che abbiam detto *supra*, della prescrizione di dieci anni fra presenti con titolo e buona fede, può quindi applicarsi a questa prescrizione.

259. Dall' avere lo Statuto di Bajona ristretto a sette anni il tempo della prescrizione di dieci, che ha luogo fra presenti con titolo e buona fede, non bisogna concluderne che, secondo la stessa proporzione, la prescrizione di vent' anni che con titolo e buona fede ha luogo contro agli assenti, debba egualmente esser ridotta a quattordici anni. La ragione si è che le prescrizioni, tendendo a spogliare i proprietarj ed i creditori dei loro diritti, sono di diritto strettissimo, e possono stabilirsi soltanto con una legge espressa, e non con semplici deduzioni. Quindi, avendo lo Statuto stabilita una prescrizione di sette anni invece di quella di dieci, che ha luogo per diritto comune tra i presenti, ma non essendosi spiegato intorno a quella che dee aver luogo fra gli assenti, deesi riputare che su questa non abbia nulla innovato.

260. Lo Statuto di Bajona stabilisce un' altra specie di prescrizione di sette anni nell' art. 5 dello stesso titolo, concepito in questi termini: « Se alcuno abitante della detta città (di Bajona) che abbia fabbricato, piantato vigne o verzieri, o altrimenti guarnito un fondo di un altro che sia maggiore di 25 anni e presente, e che a saputa del padrone del fondo e senza alcuna contradizione ritenga o possegga la cosa fabbricata, o altrimenti guernita, per lo spazio di sett' anni continui e consecutivi, senz' essere inquietato in giudizio dal padrone del fondo, non può esserlo dopo il detto tempo, ostando l' eccezione di prescrizione ».

Il caso della prescrizione stabilita da quest' art. 5 è diverso da quello dell' art. 1: il caso dell' art. 1 è il caso di un possessore, che abbia posseduto per sette anni uno stabile in virtù di un giusto titolo, per esempio in virtù di un vendita o donazione che gliene fosse stata fatta da alcuno, ch' egli credea esserne proprietario, ancorchè non lo fosse. Il caso dell' art. 5 è quello di un possessore, che non possiede in virtù di un giusto titolo, ma che trovando un terreno non coltivato, e di cui non se ne faceva alcun uso, se ne è impadronito, e vi ha costruito degli edifizj o fatto delle piantagioni: lo Statuto presume in questo caso che il proprietario dello stabile, che sia di età maggiore e presente, e che ha lasciato fabbricare o piantare a questo possessore sul suo stabile, e che glielo ha lasciato possedere per sett' anni, gli abbia voluto concedere questo terreno.

L' articolo dice, *gli abitanti della detta città*; dalle quali parole sembra risultare che questa specie di prescrizione sia un privilegio accordato ai cittadini di Bajona, e che essi soli debbano essere ammessi ad opporre questa prescrizione pe' terreni, su cui hanno fabbricato o piantato.

261. Questa prescrizione ha per oggetto d' incoraggiare i cittadini di Bajona a render utili i terreni incolti, fabbricandovi o facendovi delle piantagioni. Quindi, siccome lo Statuto accorda questa prescrizione in considerazione de' fabbricati che vi si sono costruiti o delle piantagioni che vi si son fatte, così allorchè un cittadino di Bajona si è messo senza titolo in possesso di un terreno, il tempo di questa prescrizione dee cominciare a decorrere soltanto dopo che vi ha fabbricato o fatto delle piantagioni. Ciò risulta dalle parole, *tiene e possiede la cosa fabbricata*, o al-

trimenti guarnita per lo spazio di sette anni; il possessore dunque di una cosa *fabbricata o piantata* dà luogo a questa prescrizione, e perciò il tempo può cominciar a decorrere soltanto dal giorno, in cui il terreno che forma l' oggetto di questa prescrizione è stato fabbricato o piantato.

262. Ma è dal giorno in cui il possessore ha cominciato la fabbrica, o solamente da quello in cui l' ha compita, che comincia a decorrere il tempo della prescrizione? Io crederei che debba cominciar a decorrere soltanto dal giorno in cui la fabbrica ha realmente acquistato la forma di fabbricato, ed è giunta ad averne tutte le parti essenziali, cioè quando sia arrivata ad essere intieramente coperta; poichè sino ad un tal punto è bensì un terreno su cui si è fabbricato, ma non è ancora una cosa fabbricata, e lo Statuto richiede per la prescrizione che siasi possieduto per sette anni *la cosa fabbricata*.

Per altro, io credo che subito dopo che la fabbrica ha realmente acquistato la forma di fabbricato, il tempo della prescrizione debba cominciar a decorrere, sebbene non siasi ancor fatto nell' interno ciò che si è proposto di farvi.

§ 2. *Della prescrizione di vent' anni senza titolo che ha luogo in alcuni Statuti.*

263. Secondo il diritto comune il possessore che non può produrre il titolo, in virtù del quale possiede qualche stabile o altro immobile, non può acquistarne la proprietà, nè la liberazione da diritti reali e dalle ipoteche cui è sottoposto, senonchè colla prescrizione di trent' anni, di cui abbiamo trattato *supra*, *art.* 1.

Gli Statuti di Ponthieu e quello del Bolognese hanno abbreviato il tempo della prescrizione di trent' anni, e l'hanno ridotto a venti, sia che la prescrizione decorra contro ai presenti, sia che decorra contro gli assenti.

Lo Statuto di Ponthieu, art. 116, dice, *chiunque gode e possiede qualche cosa. . . con titolo o senza titolo. . . per vent' anni . . . fra individui laici e non privilegiati, presenti o assenti, un tal possessore acquista un diritto nella cosa. . . . e nessuno è ammissibile. . . a domandargli cosa alcuna di ciò di cui è rimasto pacifico possessore pel tempo suddetto*.

Quello del Bolognese, art. 121, dice egualmente che colui che possiede una cosa *mobile o immobile*, *con titolo o senza titolo, fra presenti o fra assenti*, *pel tempo e spazio di vent' anni, acquista, ec.*; ed aggiunge che *colui che vorrà valersi della detta prescrizione di vent' anni, sarà tenuto ad allegare un titolo sufficiente. . . . senza però esser tenuto a provarlo.*

Lo Statuto di Artois, art. 72, ha pure ridotto a venti anni, con titolo o senza titolo, la prescrizione di trent' anni, con questa differenza, che ciò ha luogo soltanto quando la prescrizione decorre fra presenti, ed ha conservata la prescrizione di trenta anni quando decorre fra assenti.

Gli Statuti di Cambrai, di Saint-Paul e di Valenciennes, hanno parimenti ammessa la prescrizione di vent' anni senza titolo, ma solo fra presenti.

Tutto ciò che noi abbiamo detto *supra*, art. 1, della prescrizione di trent' anni, può essere intieramente applicato a quella di venti, la quale è della stessa natura di quella di trenta.

§ 3. *Della prescrizione di 11 anni che ha luogo nel paese di Sole.*

264. Lo Statuto della vice-contea di Sole ha stabilito una prescrizione di quarantun' anni, mediante la quale colui che ha posseduto uno stabile durante questo tempo, sia con titolo sia senza titolo, ne acquista la proprietà e la liberazione da tutti i diritti reali cui è soggetto; esso rigetta espressamente ogni altra prescrizione d' un tempo minore riguardo ai terreni.

Questa prescrizione, eccettuata la diversità del tempo, è della stessa natura di quella di trent' anni.

ARTICOLO VII.

Di alcune prescrizioni particolari per l' acquisto di certi diritti.

§ 1. *Della prescrizione con cui un signore prescrive contro ad un altro signore, il dominio di superiorità sugli stabili.*

265. Il diritto di dominio di superiorità, come l' hanno i signori dei feudi, dei censi, delle decime e dei canoni, è imprescrittibile in questo senso, che i proprietarj degli stabili che vi sono soggetti, non possono acquistarne la liberazione mediante qualsivoglia prescrizione, e per quanto lungo sia il tempo ch' essi posseggono i loro stabili senza riconoscere il diritto al quale sono soggetti.

Ma se il dominio di superiorità è imprescrittibile *extinctive*, perchè non può estinguersi colla prescrizione, è però prescrittibile *translative*, cosicchè può passare mediante prescrizione ad un altro *signore*.

Lo Statuto di Parigi, nell' art. 123, stabilisce una tal prescrizione. L' articolo è concepito in questi termini: « L' obbligo d'un censo diretto è prescrittibile da un *signore* contro ad un altro *signore*, e può prescriversi dopo trent' anni contro persone maggiori e non privilegiate, e dopo quarant' anni contro alla chiesa, se non avvi titolo o ricognizione del detto censo, o che il detentore non abbia acquistato lo stabile col peso del detto censo ».

Quest' articolo suppone il caso di un padrone, che per trent' anni si è fatto riconoscer come tale da' proprietarj o possessori di uno stabile che non dipendeva dalla sua signoria, ma da quella di un altro che non si è fatto riconoscere dai proprietarj o possessori del detto stabile.

266. Acciocchè le ricognizioni censuali fatte a colui che non è vero proprietario, stabiliscano un quasi-possesso di trent'anni del dominio di superiorità dello stabile, col quale egli possa acquistarlo mediante prescrizione, bisogna che abbiano avuto luogo almeno due ricognizioni a lui fatte con atto avanti notajo, e che vi sia stato tra la prima e l' ultima un intervallo almeno di trent' anni.

Se colui che pretende aver posseduto per trent'anni un diritto di censo su di uno stabile, non esibisse dei riconoscimenti censuali, ma esibisse i catasti o le carte di riscossione che egli ha tenuto tutti gli anni, de'censi che gli sono stati pagati, ed in tutte le quali si dice, ch' è stato pagato il censo per lo stabile suddetto; siccome queste carte di riscossione sono scritture private, e non possono fare fede bastante contro ai terzi, come abbiamo stabilito nel nostro Trattato delle Obbligazioni, part. 4, n. 752, così non possono provare la prestazione di questi censi, nè per conseguenza il preteso possesso del diritto di signoria censuale.

267. Per questa prescrizione, come per la prescrizione ordinaria di trent' anni, non è necessario che colui che si è fatto per trent' anni riconoscere come signore d' uno stabile che dipendeva da un altro signore, produca un titolo da cui proceda il suo possesso o che giustifichi la sua buona fede; essa si presume, se non è provato il contrario, cioè se non è provato ch'egli conosceva, che lo stabile per lo quale si è fatto riconoscere dipendeva da un altro signore.

168. Ma acciocchè colui, al quale si son fatte delle ricognizioni censuali, o pagati de' censi per uno stabile, si reputi averne posseduto la signoria diretta, bisogna che i proprietarj o possessori dello stabile stesso che gliele hanno fatte, non abbiano riconosciuto anche il vero padrone, o con ricognizioni formali, o facendone l'acquisto col peso di un censo a lui dovuto; poichè mentre il vero padrone è riconosciuto, egli non può avere, mediante le ricognizioni a lui fatte, un possesso vero e pacifico della signoria diretta dello stabile.

Questo possesso può cominciare soltanto dalla prima ricognizione a lui fatta dal proprietario o possessor dello stabile, che non avrà riconosciuto nè prima nè dopo il vero signore; e quindi continuerà colle ricognizioni che gli faranno i successori di questi proprietarj, che parimenti non avran-

no riconosciuto il vero signore, nè alcun altro.

Questo è il vero senso delle ultime parole del citato articolo, *se non avvi titolo o ricognizione del detto censo, o se il detentore non ha acquistato lo stabile col peso del detto censo*; vale a dire, che il terzo che pretende aver acquistato per diritto di prescrizione la signoria censuale di uno stabile, col possesso di trent' anni che pretende averne avuto, e per le ricognizioni a lui fatte da' proprietarj e possessori dello stabile, non è fondato nelle sue pretensioni, se non quando il vero signore, contro cui pretende di aver prescritto, non possa giustificare d' aver egli stesso dal suo lato esercitato la sua signoria durante il tempo stesso, riportando un qualche documento, come, per esempio, un sequestro censuale; o di essere stato riconosciuto durante questo tempo, col mostrare de' riconoscimenti a lui fatti da' proprietarii o possessori dello stabile, o un acquisto che questi avessero fatto dello stabile stesso, col peso del censo a lui dovuto.

Alcuni commentatori dello Statuto di Parigi hanno dato delle interpretazioni diverse alla fine di quest' articolo, ch' io credo inutile di riportare. Vedasi Lemaitre nel suo commentario a quest' articolo.

Per altro, se, come è stabilito alla fine di quest' articolo, colui che allega la prescrizione non può fondarla sulle ricognizioni a lui fatte dai proprietarj o possessori dello stabile, che ne hanno parimenti fatte al vero signore, o che hanno acquistato col peso del censo a lui dovuto, non è per la ragione addotta da Lemaitre e da Laurière, vale a dire perchè in questo caso debba presumersi mala fede e collusione, non essendo necessaria una tal presunzione; ma è soltanto per la ragione da noi addotta, cioè ch' egli non può aver avuto un possesso vero e pacifico della signoria diretta dello stabile, sinchè il vero signore era parimenti riconosciuto.

Laurière opina, che il terzo che pretende di aver acquistato mediante prescrizione la signoria diretta di uno stabile, non solo non può fondarla sulle ricognizioni fattene dai proprietarj che hanno riconosciuto il vero signore, o che hanno acquistato col peso di censo a lui dovuto, ma nè pure sulle ricognizioni che gli fossero state fatte dagli eredi di questi proprietarj, perchè, dic'egli, le hanno fatte contro al loro titolo. Io non credo valida questa ragione; quando anche gli eredi avessero fatto queste ricognizioni in mala fede, basta che egli sia stato in buona fede ricevendole, e che il vero signore non sia stato riconosciuto, perchè si reputi ch' egli abbia avuto, mediante queste ricognizioni, il possesso della signoria diretta dello stabile, e perchè possa acquistarlo per prescrizione.

269. Sebbene quest' articolo 123 dello Statuto di Parigi supponga il caso di due signori di censi, la sua disposizione ha luogo egualmente riguardo a due signori di feudi; uno di essi può egualmente acquistare per prescrizione la signoria diretta su di uno stabile, che dipende come feudo da un altro signore, facendosene fare per trent' anni delle ricognizioni dai proprietarj e possessori; purchè i detti proprietarj non abbiano egualmente riconosciuto il loro vero signore, o non abbiano acquistato col peso dei diritti feudali a lui dovuti.

270. Gli Statuti di Berry e del Nivernese, acciocchè il signore che allega la prescrizione possa provare il possesso di trent' anni, ch' egli pretende aver avuto della signoria diretta del feudo serviente, vogliono che vi siano state almeno due devoluzioni del feudo, e che siansi fatti de' sequestri feudali debitamente notificati al feudo serviente. Negli Statuti, che non se ne sono spiegati, non è necessario il mostrare dei sequestri feudali; il signore che prescrive, prova bastantemente il suo possesso di trent' anni colle ricognizioni a lui fatte dai proprietarj e possessori dello stabile, purchè ve ne siano state almeno due, e che fra la prima e l' ultima sia scorso almeno il tempo di trent'anni; e purchè, come abbiamo già detto, coloro che gli hanno fatto tali ricognizioni, non abbiano riconosciuto anche il loro vero signore.

271. Un signore, per acquistare per prescrizione il diritto di signoria di-

scritta su di uno stabile che dipendeva da un altro signore, dovendo avere avuto per trent' anni, mediante le ricognizioni a lui fatte da' proprietarj dello stabile, un possesso del diritto di signoria diretta, che non sia stato contradetto durante tutto questo tempo da atti contrarj per parte del vero signore, ne segue, che se in questo tempo il vero signore da cui dipende lo stabile, abbia fatto una ricognizione, nella quale abbia compreso questo stabile come dipendente dalla signoria di lui, e per la quale presta omaggio a questo signore; una tal ricognizione essendo un atto che contradice le ricognizioni fatte da' proprietarj dello stabile al signore che allega la prescrizione, il possesso ch' egli per queste ricognizioni pretende di aver della signoria diretta dello stabile, non è un possesso che sia stato senza contradizione nel tempo ch' è durato, e non è per conseguenza un possesso che sia stato capace di fargli acquistar per diritto di prescrizione la signoria diretta di questo stabile.

272. Si osservi, riguardo all'effetto della prescrizione che fa acquistare la signoria diretta di uno stabile ad un signore contro ad un altro signore, che quest' effetto non è di trasferire lo stesso diritto di signoria diretta, che avea il signore contro cui si è acquistata la prescrizione, dalla sua persona in quella del signore che prescrive, ma di creare e di formare col possesso di trent' anni un nuovo diritto di signoria diretta dello stabile a favore del signore che ha prescritto, tale e della natura di cui è stato riconosciuto durante questo tempo, colla ricognizione fatta dai proprietarj dello stabile; il qual nuovo diritto di signoria diretta prevale e distrugge l' antico che avea il primo signore, contro cui s' è acquistata la prescrizione; non potendo essere la signoria diretta o il dominio di superiorità d' uno stabile presso due diversi signori, nel modo stesso che due diverse persone non possono avere ciascuna pel totale il dominio di proprietà di una stessa cosa, *duo non possunt esse domini in solidum*.

273. Il nuovo diritto di signoria diretta di questo stabile acquistato dal signore che ha prescritto, si unisce ed incorpora alla sua signoria, da cui i proprietarj dello stabile hanno riconosciuto che dipendeva; ne diviene quindi una parte integrante, e dipende, come la signoria a cui è unito, dal signore da cui una tal signoria dipende, e non da quello da cui dipendeva l' antico diritto di signoria diretta, che venne estinto colla prescrizione.

Se, per esempio, i proprietarj dello stabile Z, che dipendeva come feudo dal signore di Villepion, vassallo del capitolo di Santa Croce di Orleans, hanno feudalmente riconosciuto, durante il tempo richiesto per la prescrizione, il signor di Montpipau vassallo del vescovo di Orleans, la signoria diretta che il signor di Montpipau ha acquistato colla prescrizione sullo stabile Z, e che si è unita ed incorporata alla sua signoria di Montpipau, dipenderà, come l' istessa signoria di Montpipau, dal vescovo di Orleans; ed il detto stabile Z, ch' era da prima un suffeudo dipendente dal capitolo di Santa Croce, diventerà d' ora in avanti suffeudo dipendente dal vescovo; ed il capitolo di Santa Croce dee imputare a sè stesso di non aver fatto comprendere nelle ricognizioni, che i signori di Villepion doveano prestargli, lo stabile dipendente come feudo da uno de' loro feudi.

274. Il nuovo diritto di signoria diretta, che un signore acquista colla prescrizione su di uno stabile che dipendeva da un altro signore, è talmente un diritto diverso da quello che avea il signore, contro cui fu acquistata la prescrizione, ch' egli è spesso di una natura affatto diversa. Se, per esempio, un signore si è fatto feudalmente riconoscere, durante il tempo richiesto per la prescrizione, dai proprietarj di uno stabile dipendente come censo da un altro signore, egli acquista colla prescrizione un diritto di signoria feudale su questo stabile, invece del diritto di signoria censuale che avea il signore, contro cui si è acquistata la prescrizione. *Et vice versa*, se un signore si è fatto riconoscere con un censo, durante il tempo richiesto per la prescrizione, dai proprietarj di uno stabile che dipendeva come feudo da un altro signore, egli acquista colla prescrizione un diritto di signoria censuale,

invece del diritto di signoria feudale che avea l' antico signore e che la prescrizione ha estinto.

Il nostro Statuto di Orleans, art. 85, ha ciò di particolare riguardo a questa prescrizione, che richiede un tempo di quarant' anni.

§ 2. *Della prescrizione, con cui le mani morte acquistano la liberazione dal diritto, che hanno i signori di obbligarle a far uscire dalle loro mani gli stabili che acquistano nella loro signoria.*

275. Si chiamano mani morte i titolari de' beneficj, gli ospedali, le chiese, e tutte la comunità, tanto ecclesiastiche che secolari; e sono così chiamate, perchè non essendo loro permessa l' alienazione degli stabili, quelli che cadono nelle loro mani sono morti pel commercio.

Per questa ragione gli Statuti danno ai signori il diritto di costringere le mani morte, che hanno acquistato degli stabili nella loro signoria, a farli uscire dalle loro mani; poichè se fosse loro permesso il ritenerli, i signori sarebbero privati dei diritti utili delle loro signorie, riguardo ed essi: tali diritti consistendo appunto ne' profitti feudali o censuali, a' quali dà luogo il cambiamento de' proprietarj degli stabili stessi, quando questi sono in commercio.

Le mani morte che hanno acquistato qualche stabile, acquistano colla prescrizione di trent' anni la liberazione dal diritto, che ha il signore di costringerle a farlo uscire dalle loro mani, quando lo hanno posseduto per trent' anni consecutivi senz' essere dal signore interpellate a ciò fare; ed in questo caso il signore non può più chieder loro neppure una indennità, mentre il solo tempo trascorso la fa presumer pagata.

276. Per questa prescrizione bisogna, che il possesso non sia stato interrotto. Quindi se la mano morta, prima che fosse spirato il tempo della prescrizione, avesse alienato sotto qualche condizione resolutiva lo stabile acquistato, e vi fosse dopo rientrata per la verificazione della condizione, non potrebbe computarsi nel tempo della prescrizione il tempo del possesso avuto prima della fatta alienazione; un tal possesso essendo stato dall' alienazione stessa interrotto, bisogna posseder di nuovo lo stabile per trent' anni, per acquistarne la prescrizione.

Ma se la mano morta non avesse alienato lo stabile acquistato, se non dopo il compimento del tempo della prescrizione, e fosse in esso rientrata per la risoluzione di quest' alienazione, i signori non potrebbero più costringerla a farlo uscire dalle sue mani; poichè rientrando in questo stabile non ne ha fatto un nuovo acquisto, ma lo ritiene in virtù dell' acquisto originario, riguardo a cui il compimento del tempo della prescrizione ha tolto ai signori il diritto, che avevano d' impedirle di goderne e di costringerla a farlo uscire dalle sue mani.

277. L' interruzione civile arresta parimenti il tempo di questa prescrizione; quindi, se prima del compimento di tale prescrizione, il signore abbia intimato alla mano morta di fare uscire dalle sue mani lo stabile, sebbene il signore non abbia proceduto in esecuzione dell' intimazione, pure il possesso della mano morta essendo stato interrotto da questa intimazione, essa non può acquistarne la prescrizione, senonchè continuando a possedere lo stabile per altri trent' anni dopo l' intimazione, e che il signore durante tutto questo tempo non proceda contro di essa in esecuzione dell' intimazione.

Il nostro Statuto di Orleans, art. 42 e 120, ha una disposizione sua particolare, che esige per questa prescrizione il tempo di sessant' anni.

ARTICOLO VIII.

Del possesso di cent' anni o immemorabile.

278. Quando taluno può giustificare d' aver posseduto una certa cosa, o d' aver goduto d' un certo diritto per cent' anni o più, questo possesso, che si chiama anche possesso immemorabile, equivale ad un titolo, e stabilisce il dominio di proprietà che

egli ha in questa cosa, tanto pienamente e perfettamente, come se mostrasse un titolo di acquisto in buona forma, col quale alcuno de' suoi autori avesse acquistata la cosa da coloro, che aveano diritto di disporne. Così insegna Molineo *in consuet. Par.* § 12, *gl.* 7, *n.* 14, dicendo: *hujusmodi præscriptio* (*centum annorum sive temporis immemorialis*) *habet vim constituti*. Egli si fonda su ciò che dice la legge 3, § 4, ff. *de aq. quotid. Ductus aquae cujus origo memoriam excessit jure constituti locò habetur*: cioè che il possesso immemorabile, in cui taluno si trova di un acquidotto sullo stabile vicino per farvi passare le acque che gli abbisognano, tien luogo del titolo costitutivo di questo diritto.

Un tale principio ha luogo riguardo a certe cose ed a certi diritti, che le leggi dichiarano non soggetti ad alcuna prescrizione per qualunque siasi spazio di tempo. Queste leggi non si estendono al possesso di cent' anni o immemorabile, e non impediscono a colui che può provare un tal possesso, di pretendere di esser proprietario delle dette cose o dei detti diritti, come se ne mostrasse il titolo di acquisto. Ciò pure c' insegna Molineo nel luogo citato, dicendo: *Unde numquam censetur exclusa etiam per legem prohibitivam, et per universalia negativa et geminata verba, quamcumque praescriptionem excludentia*. La ragione si è, dice altrove quest' autore, nel suo consiglio 26, che il possesso di cent' anni dee essere riguardato piuttosto come un titolo, che come una prescrizione: *Non tam est praescriptiò quam titulus*.

279. Si può applicare questo principio al diritto che hanno certi signori di costringere i loro vassalli ad usare esclusivamente o del loro molino, o del loro forno, o del loro torchio ec., ed al diritto di tributo. Lo Statuto di Parigi, art. 71 e 72 vuole, che un signore non possa provare questi diritti, se non che mostrando un titolo valido; ed il nostro Statuto d' Orleans aggiunge, *qualunque sia il tempo trascorso*; ciò non ostante, secondo il principio da noi esposto, il possesso di cento anni equivalendo ad un titolo, se un signore prova ch' egli è in possesso da cento anni e più di uno di questi diritti, si reputa che egli l' abbia bastantemente provato, allorchè non esibisca alcun altro titolo; riguardandosi questo possesso come un titolo, ed avendo la stessa forza come se si mostrasse il titolo costitutivo del diritto: *Habet vim constituti*.

280 Si osservi che onde un signore provi il possesso di cent' anni, in cui egli trovasi di uno di questi diritti, non basta ch' egli provi che da più di cent' anni i suoi vassalli portano i loro grani al suo molino, il loro pane al suo forno, le loro uve al suo torchio; poichè avendo potuto portarvele volontariamente, non risulta che il signore abbia avuto il diritto di costringerli a farlo, nel che consiste il diritto di cui parliamo; bisogna dunque, per provar questo possesso, che si esibiscano degli atti, dai quali risulti ch' egli godeva del diritto di costringerli a farlo, come, per esempio, delle sentenze emesse contro ad alcuni vassalli che vi avessero contravvenuto, dei sequestri fatti in caso di contravvenzione, ed altri atti simili che risalgano a cent' anni o più.

Le antiche ricognizioni e descrizioni fatte da un feudatario al signore da cui dipende, e nelle quali fosse compreso uno de' suddetti diritti, se non trovansi sostenute da altri atti che ne provino il possesso, non mi sembrerebbero sufficienti; poichè può benissimo accadere, che un signore per costituirsi de' titoli per l' avvenire, comprenda nelle sue ricognizioni e descrizioni dei diritti di cui non gode, non essendovi, quand' egli le fa, i vassalli per contrastarle.

281. Il principio, che il possesso di cento anni equivale e suppone un titolo, può egualmente applicarsi alle decime infeudate. I laici non essendo capaci di possedere altre decime fuori di quelle che sono infeudate, un laico non può acquistare un diritto di decima su d'una parrocchia, per quanto sia lungo il tempo durante il quale l' ha posseduta, se non giustifica la sua infeudazione; ma se può provare, coll' esibire delle ricognizioni, alcuna delle quali risalga a più di cent' an-

ni, ch' egli ha posseduto questa decima come decima feudale, un tale possesso di cent' anni equivale ad un titolo d' infeudazione, e dispensa il possessore dall' obbligo di produrlo.

282. Il possesso di cent' anni che equivale ad un titolo deve essere un possesso giusto, un possesso civile, cioè il possesso di una persona che, tanto da sè stessa quanto per mezzo de' suoi autori, abbia posseduto la cosa *tamquam rem propriam*; e si presume sempre che il possesso abbia queste qualità, sinchè non è provato il contrario, e sinchè non si produca nè da una parte nè dall' altra alcun titolo che faccia conoscere l' origine del possesso.

283. Ma se si produca il titolo da cui deriva il possesso, e sia un titolo vizioso, cioè un titolo non atto di sua natura a trasferire la proprietà, come, per esempio, se si produce un affitto dello stabile fatto ad uno degli autori del possessor di cento anni, o un contratto di pegno, col quale lo stabile fosse stato dato a quest' autore a titolo di pegno, o un titolo con cui questo autore fosse stato messo in possesso dello stabile, acciocchè ne percipesse le rendite in deduzione de' suoi crediti, o un atto col quale ne fosse stato messo in possesso a titolo di sequestro o di precario, in tutti questi casi il titolo del possesso essendo vizioso, essendo un titolo non atto di sua natura ad attribuire al possessore la proprietà della cosa, e quindi tale possesso non essendo un possesso civile, un possesso di proprietario, non può, per quanto sia lungo il tempo ch' è durato, e sebbene ecceda i cent' anni, procurare alcun mezzo di difesa, onde eludere la domanda del proprietario per costringerlo a rilasciare lo stabile. Questo è uno de' casi in cui si verifica la massima: *Melius est non habere titulum quam habere vitiosum*.

Fu infatti sul fondamento di questi principj, che con una decisione già da noi riportata *supra*, il vescovo di Clermont fu condannato a rendere alla regina Caterina de' Medici la signoria della città di Clermont, sebbene fossero scorsi varj secoli da che i vescovi di Clermont n' erano in possesso; perchè producevasi il titolo originario di questo possesso, il quale era un atto, con cui la suddetta signoria era stata data in custodia ad un vescovo di Clermont da Giovanni di Borbone, nei diritti del quale era succeduta la regina.

284. Bisogna però fare una gran differenza fra i titoli assolutamente viziosi, come sono quelli surriferiti, la di cui natura è contraria alla traslazione della proprietà, e quelli che sono solamente imperfetti ed insufficienti per trasferire la proprietà, qualora non sieno rivestiti di certe formalità. Il possesso che deriva da' titoli della prima specie, foss' anche di più secoli, non può giammai provare la proprietà del possessore, poichè vi si oppone il titolo da cui deriva. Ma non è lo stesso di quelli della seconda specie, come sono, per esempio, i contratti di vendita, di permuta, di enfiteusi di beni appartenenti alla chiesa, e altri atti simili, che non fossero rivestiti, nè accompagnati dalle formalità necessarie per l' alienazione de' beni ecclesiastici, come sono gli atti di omologazione giudiziale di questi contratti in virtù di esame *de commodo et incommodo*. Questi contratti non sono, come i primi, titoli che siano contrarj alla traslazione della proprietà, anzi essi vi tendono, e sono soltanto insufficienti a trasferirla, per la mancanza delle formalità da cui debbono essere accompagnati: essi per conseguenza farebbero ostacolo, quando si esibissero, alla prescrizione di quarant' anni che il possessore opponesse alla Chiesa; ma non fanno ostacolo al possesso di cent' anni, l' effetto di un tal possesso essendo appunto quello di supplire a ciò che manca alla prescrizione del titolo, facendo presumere, che tutte le formalità richieste per la confermazione del titolo siano intervenute, e che la sola lunghezza del tempo trascorso impedisca di riportarle.

285. Vi sono certe cose, che non si possono acquistare neppure col possesso di cento anni; tal sono i diritti dominicali, cui uno stabile è soggetto e de' quali il possessor dello stabile non può acquistar la liberazione, neppure con possesso di cent' anni e più,

in cui fosse, di non riconoscere per questo stabile alcun padrone. Lo Statuto di Parigi ha su di ciò un' espressa disposizione, dicendo che il vassallo non può prescrivere la liberazione della fede dovuta al suo signore a motivo del suo feudo, *per quanto sia lungo il tempo* che ne ha goduto, fosse anche di cent' anni o più.

Questo Statuto ha una simile disposizione pel censo, dicendo nell' art. 124: Il diritto di censo non può prescriversi dal detentor dello stabile contro al signor censista, ancorchè siano trascorsi cent' anni.

Nella maggior parte degli Statuti trovansi simili disposizioni; la ragione si è, che per acquistare col possesso la liberazione di qualche diritto cui il nostro stabile è soggetto, bisogna che sia un possesso, col quale noi lo possediamo come libero da questo diritto, e come avendo luogo di credere che non vi è soggetto, la quale opinione si presume sempre, sinchè non sia provato il contrario. Ma la massima *nessuna terra senza signore*, che è prevalsa in queste provincie, non permette che noi possiamo possedere i nostri stabili credendoli liberi dai diritti feudali; quindi, allorchè noi abbiamo posseduto uno stabile per cento anni e più, senza riconoscere il signore da cui dipende, non possiamo con questo possesso acquistare la liberazione di tali diritti a cui è soggetto lo stabile, perchè non lo possediamo come libero dai diritti feudali.

286. Nello Statuto di Parigi i diritti di servitù prediale non si acquistano senza titolo neppur col possesso di cent' anni. Esso ha su di ciò una disposizione nell' art. 186, ove dice: « i diritti di servitù non si acquistano senza titolo per qualunque siasi lungo godimento, ancorchè fosse di cento anni. »

Varj Statuti hanno una simile disposizione, e la ragione ne è che il possesso di cento anni, che equivale ad un titolo, e che prova la proprietà della cosa o del diritto posseduto durante tal tempo, dee essere un vero possesso: ma in questi Statuti il godimento, che taluno ha di una servitù, di cui non apparisce alcun titolo costitutivo, nè almeno di ricognizione, si presume esser soltanto un godimento di tolleranza e di compiacenza: ora un godimento di tolleranza non è un vero possesso; colui che gode in tal guisa non crede di possedere, e non possiede effettivamente un diritto di servitù; questo godimento, dunque, per quanto ne sia lungo il tempo, fosse anche più di cent' anni, non può giammai far acquistare il diritto di servitù.

287. Si fa quistione, se negli Statuti che si sono contentati di dire, che i diritti di servitù non possono acquistarsi per prescrizione col decorso di qualunque siasi tempo, e che non hanno aggiunto, come quello di Parigi, *neppur di cento anni*, tali diritti possano o no acquistarsi col possesso di cent' anni. Per la negativa si dice che in questi Statuti, come in quello di Parigi, il godimento di una servitù, che un vicino ha sullo stabile dell' altro vicino, si presume essere soltanto un godimento di tolleranza, ed appunto per questa ragione i diritti di servitù non si acquistano in questi Statuti colla prescrizione ordinaria di trent' anni, con cui si acquistano tutti gli altri diritti. Ora, si dice, un godimento di tolleranza non essendo un possesso del diritto, non può nè pure in questi Statuti far acquistare il diritto istesso, per quanto sia lungo il tempo che un tal godimento durò, foss' anche per più di cento anni. Io però rispondo, e comincio dal convenire nel principio che supponendo costante il fatto, che il godimento della servitù sia cominciato per tolleranza, esso non potrà giammai fare acquistare il diritto, per quanto sia lungo il tempo che questo godimento è durato, benchè di più di cent' anni; poichè un possesso si reputa aver sempre continuato nella stessa qualità in cui è cominciato, sinchè non apparisce alcun nuovo titolo; nessuno potendo col solo decorso del tempo cangiare la causa e la qualità del suo possesso: *nemo potest mutare sibi causam possessionis.* Quindi se si esibisse una concessione precaria della servitù fatta ad uno degli autori di colui che ne gode, io convengo che questi non potrebbe pre-

tendere di aver acquistato il diritto di servitù col possesso di cent' anni, dovendo questo possesso riputarsi in tal caso precario e di tolleranza, come è cominciato. Ma quando è incerto il modo, in cui è cominciato il possesso della servitù, e che non se ne produce alcun titolo, sebbene i nostri Statuti presumano, che il godimento di questa servitù sia un godimento di pura tolleranza, quando è durato soltanto un certo tempo, non dee concludersi che debbano presumere lo stesso, quando sia durato più di cent' anni; non essendo verosimile che una tolleranza duri un tempo tanto lungo. Perciò avvi luogo a sostenere, che negli Statuti che si sono limitati a dire, che i diritti di servitù non si acquistano senza titolo col decorso di qualunque siasi tempo, senza aggiungere, come fece quello di Parigi, *neppure di cent' anni*, questi diritti si acquistano col possesso di cent' anni che tien luogo di titolo. Ricard, nel suo commento su lo Statuto di Senlis, riferisce una decisione dell' 11 febbrajo 1658, che ha così giudicato per lo Statuto di Crepy, che dice, *nessuna servitù senza titolo per qualunque siasi tempo*. Bisogna però convenire che la questione soffre qualche difficoltà, massime inclinando molto in oggi la nuova giurisprudenza ad avvicinare gli altri Statuti a quello di Parigi.

288. Già da lungo tempo si agita la questione, se si possa opporre al re il possesso di cent' anni. Questa questione non cade su i diritti annessi essenzialmente alla sovranità, e che non sono comunicabili, come il diritto di legittimare i bastardi, di accordare lettere di abolizione e di perdono dei delitti, d' accordare lettere d' emancipazione ai minori, ed altri simili. È evidente, infatti, che un signore, il quale si fosse arrogato uno di questi diritti nell' estensione della sua giurisdizione, non potrebbe difendersi col suo possesso di cent' anni dalla domanda del procuratore del re, diretta a fargli proibire d' attribuirseli. Tal godimento, per quanto fosse durato lungamente, sarebbe un abuso *vetusti erroris*, piuttosto che un possesso.

La questione cade soltanto su i beni e diritti utili, che il procuratore del re rivendicasse come appartenenti al patrimonio regio, contro a' particolari che se ne trovano in possesso. Questi particolari sono essi ammissibili ad opporre, ed a provare in mancanza di titolo, il possesso di cent' anni, in cui sono dei detti beni e diritti tanto per loro stessi quanto per mezzo de' loro autori, onde escludere la domanda del procuratore del re; oppure all' incontro il procuratore del re ha diritto di sostenere, che a lui basta il provare che i detti beni e diritti appartenevano un giorno al patrimonio regio, acciocchè i detti beni e diritti si reputino appartenergli ancora, ed acciocchè egli possa domandare il rilascio, qualunque sia il tempo che i possessori gli hanno posseduti, fosse pur di cento anni, essendo quei beni inalienabili ed imprescrittibili?

Con una dichiarazione del re Francesco primo, del 30 giugno 1539, registrata al Parlamento il 3 luglio seguente, il re dichiara che il suo patrimonio essendo riputato sacro, è fuori del commercio degli uomini; che in conseguenza non si è potuto giammai distaccarne, nè alienarle legittimamente parte alcuna, e che per conseguenza tutto ciò che ne fosse stato alienato o distaccato dee esservi rimesso, senza che nelle cause che si agiteranno a questo proposito, i giudici possano aver riguardo alcuno a qual si voglia possesso . . . . qualunque sia il tempo che ha durato, ancorchè eccedesse cent' anni, ec.

Nulla di meno Chopin, *de Domanio, lib.* 3, *cap.* 9, *n.* 5, attesta che il Parlamento ha giudicato più di una volta contro alla dichiarazione del re del 1539 che i particolari possessori di beni, che si pretendevano appartenere al patrimonio, debbono esservi mantenuti, quando provano di esserne in possesso già da cent' anni.

Bacquet, *Traité du Droit de Deshorence, ch.* 7, *n.* 8, dice formalmente: *Egli è certo che il possesso immemorabile è ammesso contro al re in tutti gli stabili e diritti demaniali non ostante l'editto del* 1539. Quest'autore adduce in prova della sua opinione

una decisione della corte del 10 dicembre 1548, colla quale la corte ha verificato un editto, che ingiungeva a tutti i pretendenti diritti di pedaggio nel fiume Loira, di verificare i loro titoli; colla qual decisione di verificazione la corte dichiara, ch' essa non intende di derogare ai permessi della pruova del tempo immemorabile, accordati dall'editto del re Luigi XII, concernente i pedaggi del detto fiume.

Salvains nel suo *Uso de' Feudi*, *l.* 1, *cap.* 14, per provare egualmente che la dichiarazione del 1539 che rigetta il possesso di cent' anni, non è stata osservata, riporta una dichiarazione del 14 agosto 1556, del re Enrico II riguardante il Delfinato, colla quale, dietro le lagnanze degli abitanti di quella provincia, che gli ufficiali incaricati della ricerca de' beni appartenenti al patrimonio regio molestavano i possessori che avevano in loro favore il possesso di cent' anni, contro la disposizione del diritto scritto osservato nella provincia, il re ordina che le liti saranno giudicate come per lo innanzi, secondo un tale diritto.

Loisel ne fa una massima, *l.* 5, *t.* 3, *n.* 16, in queste parole: *contro al re non avvi prescrizione che di cent'anni.*

Il sig. Lefevre di Laplanche, nel suo *Trattato del demanio*, *lib.* 12, *cap.* 7, sostiene al contrario, che la dichiarazione del re, con cui rigetta la prescrizione di cent' anni in materia di beni demaniali, ha sempre dovuto esser eseguita, e pretende che se gli autori che noi abbiamo citati, hanno ammesso questa prescrizione, ve ne sono varj altri ch' ei cita, i quali sono stati di parere contrario: egli cita fra gli altri Lebret, *Trattato della sovranità*, *l.* 3, *cap.* 2. Quest' autore nel luogo citato, conviene *che sempre si è ritenuto per costante nel foro . . . . che tutte le leggi che proibiscono l' alienazione de' beni del patrimonio della corona* non hanno rigettato la prescrizione di cent'anni; cosicchè uno de' più sapienti pratici di quel tempo, parlando dell'Ordinanza del 1539, che esclude espressamente la prescrizione di cent' anni in materia di beni demaniali, dice che non è giammai stata osservata *nec in consulendo nec in judicando*; ma lo stesso autore aggiunge subito dopo: « io ho veduto però giudicare al contrario nel consiglio del re secondo quest'Ordinanza, la quale sebbene sembri in apparenza troppo gravosa . . . . pure poichè la legge è scritta, e la sua durezza sembra ricompensata dall'utilità che il pubblico ne riceve, noi siamo tenuti ad osservarla. »

In quanto a ciò che aggiunge il sig. Lebret: *io sarei sempre di quest'opinione riguardo alle terre, che sono state usurpate per forza o per sorpresa*, anche i partigiani della prescrizione di cent' anni converranno volentieri col sig. Lebret, ch'essa debba cessare, quando apparisca qualche vestigio di usurpazione, o anche qualche altro vizio nell'origine del possesso; ed in questi casi deesi credere che fossero emesse le decisioni riferite, che hanno rigettato la prescrizione di cent' anni.

Il sig. Lefevre, onde terminar di provare che l' opinione degli autori che hanno ammesso la prescrizione di cent'anni in materia di beni demaniali non debbe esser seguita, si fonda sull'editto del mese di aprile 1667. Quest' editto stabilisce, che tutt' i beni demaniali alienati a qualsivoglia persona, per qualunque causa, E DA QUALUNQUE TEMPO, ad eccezione delle donazioni fatte alle chiese, appannaggi, e permute . . . . saranno riuniti non ostante ogni pretensione di prescrizione, e qualunque sia il tempo durante il quale i beni e diritti demaniali fossero stati separati.

Resta però ancora una difficoltà, ed è, che si potrebbe dire che l'editto non ha escluso in termini formali il possesso di cent'anni. Infatti l'editto dice bensì, non ostante ogni pretensione di prescrizione pel decorso del tempo, ec., ma non aggiunge, *neppure se questo fosse di cent' anni*. Ora, secondo la dottrina di Molineo, riferita *supra*, n. 278, il possesso di cent'anni *numquam videtur exclusa per legem prohibitivam et per universalia negativa et geminata verba quamcumque præscriptionem excludentia*.

Fine del Trattato della Prescrizione.

INDICE

DELLE MATERIE CONTENUTE

NEL TRATTATO

Della Prescrizione.

CAP. IV

CAP. V.

PARTE SECONDA.

Fine dell' Indice del Trattato della Prescrizione.

TRATTATO

DELLE

SUCCESSIONI

La successione è la trasmissione de' diritti attivi e passivi di un defunto nella persona del suo erede.

L' erede è quegli che succede a tutti questi diritti per la morte di colui alla persona del quale essi competevano.

L' universalità dei diritti attivi e passivi, considerata indipendentemente dalla trasmissione che se ne fa nella persona dell' erede, dicesi pure successione. Se non esiste alcun erede, nella persona del quale essa si trasmetta, questa universalità dei diritti attivi, e passivi del defunto dicesi in questo caso successione giacente.

Secondo il diritto romano vi erano due specie di successioni, *la testamentaria* e *la legittima*. Secondo questo diritto ciascuno può scegliersi un successore a' suoi diritti attivi e passivi, istituendolo suo erede nel suo testamento. Nel primo caso, tale trasmissione dicesi *successione testamentaria*. Al contrario la trasmissione che la legge fa dei diritti attivi e passivi di un defunto nella persona di quelli tra suoi parenti ch' essa chiama alla sua successione, dicesi *legittima*, o *ab intestato*.

Secondo il diritto romano questa successione non aveva luogo, che in mancanza di erede testamentario.

Il diritto consuetudinario ammette soltanto la successione legittima. Lo Statuto di Parigi, art. 299, quello di Orleans, art. 287, e varj altri si spiegano in questi termini: *non ha luogo alcuna istituzion di erede*.

Per procedere con ordine nella materia delle successioni, noi tratteremo in un primo capitolo delle persone che hanno il diritto di trasmetterle, e di quelle che sono capaci di succedere; in un secondo, dell' ordine delle successioni; in un terzo della loro apertura, accettazione, o rinunzia; in un quarto, del'a divisione delle successioni, delle collazioni che vi si fanno, e della incompatibilità delle qualità di erede e di legatario; in un quinto dei debiti ed altri pesi delle successioni; finalmente, in un sesto, tratteremo delle successioni irregolari.

CAPITOLO PRIMO.

Delle persone che sono capaci di trasmettere la loro successione, e di quelle che sono capaci di succedere.

SEZIONE PRIMA.

Delle persone che sono capaci di trasmettere la loro successione.

Il diritto di successione, tanto attiva che passiva, è di diritto civile; imperciocchè è la legge civile quella che deferisce la successione dei defunti, e che vi chiama le persone che devono raccoglierla. Da ciò risulta che soltanto i cittadini che godono della vita civile hanno il diritto di trasmettere la loro successione.

Vi sono due specie di cittadini che hanno, gli uni e gli altri, il diritto di trasmettere la loro successione;cioè, i francesi naturali, e quelli che il principe ha voluto naturalizzare.

I francesi naturali sono quelli che sono nati in Francia, o in qualche paese in cui il re esercita il diritto di sovranità, come sono quelli nati nelle colonie francesi, e ne' paesi in cui i francesi hanno degli stabilimenti. Quelli che sono nati in un paese conquistato dal re, sia prima, sia dopo la conquista, sono francesi; e non cessano di esserlo, sebbene co' trattati di pace questo paese sia stato restituito, se essi non vi sono rimasti dopo che è stato restituito, e si sono stabiliti negli stati sottoposti al dominio del re. Non è così riguardo a coloro che sono nati posteriormente al trattato col quale il paese è stato restituito,imperciocchè essi non sono giammai stati sudditi del re. Quelli che sono nati in paese estero, ma nati da un padre francese, che era ivi stabilito, e che non aveva abbandonato il pensiero di ritornare in Francia, sono pure, per la loro origine, francesi.

I naturalizzati sono gli esteri stabiliti nel regno, che hanno ottenuto dal re i diritti di francesi naturali. Lo stabilimento di domicilio che fa uno straniero in Francia, per quanto lungo tempo vi abbia egli dimorato, non lo naturalizza; come neppure il matrimonio, che si contrae con una donna francese; egli non può essere naturalizzato che con lettere patenti del re, ottenute dalla grande cancelleria, e registrate alla corte del Parlamento, e nella camera de' conti, nella giurisdizione della quale ha egli il domicilio.

Le lettere patenti, colle quali il re accorda a taluno il diritto di posseder un uffizio, o beneficio non equivalgono alle lettere di naturalizzazione.

In forza di un privilegio particolare accordato agli stranieri che servono il re nella sua marina, queste persone stabilite in Francia, sono, dopo un servigio di 20 anni, naturalizzate, e godono di tutti i diritti de' naturali francesi, senza aver bisogno di ottenere delle lettere di naturalizzazione.

Per aver il dritto di trasmettere la sua successione, è indifferente essere nato da legittimo matrimonio, o essere bastardo. Un bastardo ha per sè stesso, nella sua qualità di cittadino, il diritto di trasmettere la sua successione, ed esso la trasmette effettivamente a' suoi figli, ed in mancanza di figli alla vedova; oppure se è una bastarda, a suo marito. Se un bastardo non può aver altri eredi che queste persone, ciò avviene non già per un' incapacità per parte sua di trasmettere la successione, ma perchè un bastardo non ha altri parenti che possano raccoglierla.

Secondo i principj che noi abbiamo stabiliti riguardo alle qualità che bisogna avere per trasmettere la propria successione, è facile di riconoscere quali sieno le persone che non hanno questo diritto. Queste sono 1.° gli stranieri non naturalizzati; 2.° i francesi che hanno perduto i diritti di cittadini abdicando la loro patria, e stabilendosi in paese estero; 3.° coloro che hanno perduto la vita civile in

seguito di una condanna ad una pena capitale; 4.° i religiosi professi; 5.° i servi che non possono far testamento.

§ 1. *Degli stranieri non naturalizzati.*

Noi abbiamo testè veduto quali siano i francesi naturali; tutte le altre persone sono chiamate straniere o *aubains*, *quasi alibi natus*.

Regolarmente gli stranieri non naturalizzati non hanno il diritto di trasmettere la loro successione. Il re ha il diritto d' impadronirsi, dopo la loro morte, di tutti i loro beni mobili ed immobili che si trovano nel regno: ciò è che dicesi diritto di albinaggio. Questa regola ammette varie eccezioni.

La prima, che è generale e comune a tutti i forestieri, è che uno straniero non naturalizzato, che ha un figlio nato e stabilito nel regno o in altri stati di S. M., può trasmettergli la sua successione.

Questa eccezione è fondata sul favore che meritano i figli. La ragione naturale che destina ai figli i beni dei loro padri purchè abbiano la capacità di riceverli, ha trionfato sulla ragione dedotta dal diritto che rende incapaci gli esteri di trasmettere la loro successione.

Non basta che i figli dello straniero non naturalizzati siano stabiliti nel regno, perchè possa egli trasmetter loro la sua successione, bisogna ch' essi vi siano nati. Tuttavia, sebbene non siano nati in Francia, s' essi sono naturalizzati, i loro genitori non naturalizzati potranno trasmetter loro la successione, come la possono trasmettere ai figli nati in Francia; imperciocchè la naturalizzazione di questi figli accorda loro gli stessi diritti, come se fossero nati in Francia: tale è l'opinione di Bacquet.

Una seconda eccezione, che è pure comune a tutti gli stranieri, riguarda le rendite che il re ha create con la condizione ch' esse sarebbero esenti dal diritto di albinaggio. Gli esteri che ne sono proprietarj possono trasmettere la loro successione a'proprj figli per ciò che concerne le dette rendite soltanto.

La terza eccezione riguarda i sudditi di certe nazioni i quali, in forza di trattati fatti col re e la loro nazione, sono esenti dal diritto di albinaggio, e possono per conseguenza trasmettere a' loro parenti la successione de'loro beni mobili, quand' essi muojono in Francia. Bisogna a questo riguardo attenersi a ciò che è stabilito da questi differenti trattati. Questa eccezione del diritto di albinaggio dee cessare nel caso di guerra con queste nazioni, imperciocchè la dichiarazione di guerra rompe qualunque trattato.

Affinchè il privilegio riviva in tempo della pace, bisogna stipularlo nel trattato di pace.

La quarta eccezione concerne i mercatanti che frequentano le fiere di Lione, i quali trasmettono a' loro parenti la successione mobiliare, se mancano di vita venendo alle dette fiere, o partendo da esse, o durante il soggiorno che ivi fanno; ma questa esenzione dal diritto di albinaggio non si estende alle rendite costituite che loro appartenessero, e molto meno ai fondi.

La quinta riguarda gli ambasciatori, residenti, ministri esteri, e persone del loro seguito, le quali possono trasmettere la successione de'loro mobili soltanto, quand'essi dimorano in Francia. Tale è il sentimento di Bacquet.

La sesta eccezione riguarda i dottori reggenti e scolari delle università, i quali sono pure esenti dal diritto di albinaggio per rapporto alla successione de' loro mobili; tuttavia Bacquet contesta loro questo privilegio.

§ 2. *De' Francesi che hanno perduto i diritti di cittadini abdicando la loro patria, stabilendosi in estero paese.*

Il francese che ha abdicato la sua patria stabilendosi in estero paese, perde i suoi diritti di cittadino, ed è incapace di trasmettere a' proprj figli, o altri parenti, la successione de' beni ch' egli ha posseduti in Francia, ed il re ha diritto d' impadronirsene, come se fossero beni di uno straniero.

È vero che Bacquet riferisce una decisione contraria a questa proposizione, la quale ha giudicato contro il procuratore del re in favore de' parenti di un certo Lucano, il quale durante i torbidi erasi ritirato ne' Paesi Bassi, ove era morto provvisto di una cura; la sua successione fu deferita a' suoi parenti. Ma posteriormente, l' editto del 1669 ha vietato a tutti i sudditi del re di stabilirsi, senza il suo permesso, nei paesi esteri maritandovisi, comperandovi degli stabili, trasportandovi la famiglia ed i beni, per erigervi uno stabilimento stabile e senza intenzione di ritornare, sotto pena della confisca dei beni, e di essere riputati stranieri.

Queste pene non s' incorrono, a dir vero, *ipso facto*; e qualunque segno abbia dato un uomo della sua volontà di stabilirsi perpetuamente in paese estero, s' egli ritorna in Francia prima che siasi intentata contro di lui l' accusa di diserzione, egli conserva tutti i diritti di cittadino. Ma se dopo aver formato qualcuno dei detti stabilimenti in paese estero, senza aver in seguito dato alcun segno dell' intenzione di ritornare, egli viene a morirvi, io penso che egli non può esservi riguardato come francese, nè per conseguenza come capace di trasmettere la sua successione, e che il re può impadronirsi de' suoi beni che sono in Francia.

Non v' ha dubbio che i francesi che formano degli stabilimenti di commercio negli stati del Gran Signore sotto la protezione dei consoli francesi che vi risiedono, sebbene colà si maritino, o vi acquistino alcuni stabili, non si reputa perciò ch' essi abbiano abdicata la loro patria, ma piuttosto che vi rimangano soltanto per oggetti del loro commercio, e coll' intenzione di ritornare quando essi cesseranno di commerciare. Perciò non sono essi sottoposti alle pene dell' editto del 1669, e, se muojono ne' detti Stati, trasmettono a' loro parenti la successione dei proprj beni. Avverrebbe altrimenti se avessero abbracciato il maomettismo; questo è una pruova non equivoca che essi hanno abbandonata la intenzione di ritornare.

§ 3. *Di coloro che hanno perduto la vita civile in forza di una condanna ad una pena capitale.*

Le condanne ad una pena capitale, quando sono pronunziate con una sentenza in contradittorio in ultima istanza, o confermate da decisioni in contumacia, quando il condannato è morto dopo i cinque anni dal giorno della esecuzione della sentenza in effigie senza essersi presentato, importano la morte civile e la confisca dei beni del condannato, e, per conseguenza, lo rendono incapace di trasmettere la sua successione.

Queste pene sono quelle della morte naturale, delle galere a perpetuità, del bando perpetuo fuori del regno. Le condanne a morte per delitti militari pronunziate con sentenza del consiglio di guerra, non importano la morte civile, nè la confisca, e per conseguenza il condannato trasmette la sua successione.

Vi sono delle provincie in cui la confisca non ha luogo. Il condannato a pena capitale trasmette la successione de' beni ch' egli possiede, situati in queste provincie.

§ 4. *De' religiosi professi.*

Quegli che fa professione religiosa si reputa che goda ancora della vita civile al momento ch' egli abdica volontariamente colla professione e per una finzione simile a quella della legge *Cornelia*; si reputa ch' egli muoja in quell' istante, nel quale gode ancora della vita civile; egli è per conseguenza ancora capace di trasmettere la sua successione. Per questo motivo la sua professione dà luogo all' apertura della sua successione; ma quando egli ha già fatto professione, non è più capace di trasmettere a' suoi parenti la successione di ciò ch' egli può acquistare in seguito: 1.° perchè egli non gode più dello stato civile, nè per conseguenza del diritto di trasmettere i suoi beni per successione, che ne fa parte; 2.° perchè la sua qualità di riligioso impedendogli di potere nulla ritenere che gli sia proprio, tutto

ciò ch' egli acquista si reputa acquistato a profitto del monastero; nella stessa guisa che, secondo il diritto romano, quelli che erano sotto la podestà altrui acquistavano a profitto di coloro, sotto la podestà dei quali si ritrovavano, tutto ciò che essi acquistavano; si reputa dunque ch'egli abbia soltanto l' usufrutto o l' amministrazione di tutte le cose ch' egli acquista; non può dunque trasmetterle per successione, ed il monastero le ritiene *jure peculii*.

Bisogna eccettuare da questa decisione i religiosi professi vescovi; la eminenza di questa dignità restituisce loro la vita civile e li sottrae alla podestà de' superiori monastici. Quindi essi trasmettono la loro successione ai loro parenti.

§ 5. ***Dei servi che non possono far testamento.***

Vi sono in alcuni Statuti delle persone di una certa condizione i di cui beni appartengono, dopo la loro morte, al loro signore, e che non li possono per conseguenza trasmettere per successione ad altri fuori de'loro figli o parenti co'quali vivessero in comunione. Queste persone si dicono corpi *mortaillables*. Noi ne abbiamo parlato nel *Trattato della divisione delle persone*, al quale rimandiamo.

SEZIONE II.

Delle persone che possono succedere.

Per poter succedere, bisogna: 1.° esistere al tempo dell' apertura della successione; 2.° bisogna godere della vita civile; 3.° bisogna esser parente del defunto nel grado voluto dall' ordine che la legge ha stabilito per le successioni.

ARTICOLO PRIMO.

Dell' esistenza necessaria per succedere.

Il niente non può avere alcuna proprietà; è quindi cosa evidente che prima di tutto bisogna esistere per esser capace di succedere, e siccome la capacità di succedere è richiesta precisamente in tempo dell' apertura della successione, perchè, secondo la regola il *morto immette in possesso il vivo*, in quell' epoca appunto l' erede è posto in possesso della successione e non può esserne posto in possesso s' egli non è allora capace di succedere, ne segue che niuno può pretendere di essere succeduto ad una persona, se non esisteva al tempo dell' apertura della successione.

Da ciò segue che quegli che non era nè nato nè concepito in tempo dell' apertura della successione del defunto, non può pretendere la successione. Quindi se una persona in tempo della morte, aveva un figlio e dei cugini, se questo figlio abbia rinunciato alla successione, e un anno dopo la morte del defunto sia nato da questo figlio un nipote, che reclami la successione di suo avo, che si è in seguito manifestata vantaggiosa per l' arrivo di un bastimento sul quale il defunto aveva un grosso capitale, e che si credeva perduto, questo nipote non sarà ammesso nella domanda che fa della successione di suo avo; perchè non essendo nato nè concepito in tempo della morte di suo avo non era capace di succedergli. I cugini del defunto in forza della rinunzia del figlio si reputano impossessati della successione dal momento in cui si è verificata la morte del defunto.

Devesi egualmente decidere anche in concorso del fisco in mancanza di parenti del defunto. Questo nipote non essendo nè nato nè concepito in tempo dell' apertura della successione, non può avervi alcun diritto; i beni sono stati, come vacanti, deferiti al fisco.

Bisogna decidere altrimenti a riguardo dei postumi. Il figlio o altro parente del defunto, che non era ancora nato, in tempo della morte del defunto che ha dato luogo alla sua successione, ma che era almeno concepito, succede al defunto allorchè nasce, come s' egli fosse già nato in tempo dell' apertura della successione, secondo quella regola di diritto: *qui*

in utero est, pro jam nato habetur, quoties de ejus commodo agitur. Il tempo della sua nascita ha in questo caso un effetto retroattivo a quello del suo concepimento.

Affinchè il postumo possa succedere nella eredità, bisogna ch' egli sia nato vivente; imperciocchè quegli che nasce morto non è giammai stato al mondo, e per conseguenza non ha potuto giammai esser capace di succedere: *Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur; quia numquam liberi appellari potuerunt; l.* 129. *ff. de verb. signif.* Ciò è conforme alla legge 3, § 9. ff. *de suis et legit. haered. utique ex lege duodecim tabularum ad legitimam haereditatem is, qui in utero fuit, admittitur, si fuerit editus.*

È necessario inoltre ch' egli sia nato a termine. Un aborto, quand' anche avesse avuto alcuni istanti di vita, non è riputato nato, nè capace di succedere.

Il figlio che nasce nel settimo mese si reputa nato a termine, secondo la costituzione d' Antonino Pio, ed il sentimento d' Ippocrate, *l.* 9, § 12, *ff. de suis et legis. haeredibus.*

Allorchè è incerto se il postumo sia venuto alla luce vivente, e per conseguenza se sia stato erede, spetta a coloro che hanno interesse che lo sia stato, a giustificarlo, giusta la massima: *incumbit onus probandi ei qui dicit.*

Questa quistione può aver luogo fra una vedova che si è sgravata dopo la morte di suo marito ed i parenti collaterali di lui. Spetta alla vedova, che pretende la eredità di suo marito, come succeduta a suo figlio erede di suo padre, il provare che suo figlio ha vissuto per poter succedere a suo padre: mancando essa di provarlo, i beni mobili di suo marito apparterranno ai parenti collaterali di lui.

Da' principj che abbiamo stabiliti, risulta la decisione della questione seguente: Pietro in tempo della sua morte ha lasciato per suo erede Filippo suo cugino germano e più prossimo parente. I figli di Giacomo, che era pure cugino germano del defunto, e che si è reso assente prima della morte del defunto, senza che siasi avuta alcuna notizia nè saputo ciò che ne fosse avvenuto, pretendono che Giacomo loro padre debba essere presunto vivente, e sia congiuntamente con Filippo succeduto a Pietro; ed in conseguenza essendosi fatti immettere in possesso de' beni del loro padre, come assente, essi domandano di dividere con Filippo i beni di Pietro. Sono eglino ben fondati in questa domanda? Bisogna, secondo i principj da noi stabiliti, decidere ch' essi non lo sono. Imperciocchè, affinchè Giacomo loro padre sia succeduto a Pietro, bisogna che abbia esistito, che sia stato vivente in tempo della morte di Pietro. Nella incertezza in cui ci troviamo s' egli era o no vivente a quell' epoca, e se in conseguenza sia egli succeduto, spetta a' suoi figli, che lo sostengono, a provarlo, secondo la massima: *incumbit onus probandi ei qui dicit.* Non potendo provarlo essi, Filippo dev' essere assoluto dalla loro domanda.

I figli di Giacomo per appoggiare la loro domanda, allegheranno una pretesa massima che si trova in fronte della Raccolta di Lacombe, che un uomo si presume vivere cento anni. La risposta è che questa massima è falsissima, e che le leggi sulle quali i pratici, da' quali esso l' ha desunta, sogliono appoggiarla, sono malissimo applicate. Le presunzioni si desumono da ciò che avviene ordinariamente *praesumptio ex quo quod plerumque sit.* Cujac. *in paratit. ad tit. de probat. et praesum.* Donde segue che per presumersi che un uomo viva cento anni, converrebbe che tal periodo fosse la durata ordinaria della vita degli uomini; converrebbe che avvenisse di rado che un uomo morisse prima dell' età di cento anni. Ma l' esperienza ci convince del contrario; è dunque falso che un uomo debba presumersi vivere cento anni. Le leggi che i pratici adducono per sostenere questa massima sono la legge 56, ff. *de usuf.*; la legge 23, *Cod. de sacr. sanct. Eccles.*; ed altre in cui si dice che il periodo di 100 anni è il periodo della vita degli uomini che vivono più lungamente *is finis longaevi hominis.* Ma queste leggi non fissano

già la massima che essi sostengono, ma una differentissima; cioè che un uomo non si presume viver più di cento anni; cosa che è ben differente da ciò ch' essi dicono, cioè che un uomo si presume viver cento anni. Il non presumersi che un uomo viva oltre i cento anni, è conforme alla natura delle presunzioni, *praesumptio ex eo quod plerumque sit*. Sebbene vi siano alcuni uomini che vivono oltre i cento anni, il caso è però rarissimo; ed avviene al contrario comunemente che gli uomini muojano prima di quest' età. Ogni qualvolta dunque che una parte sarà obbligata di provare la morte di una persona per fondare la sua domanda; per esempio, se domandasse un profitto che le sia dovuto per la morte di questa persona; se domandasse un legato che le fosse stato fatto sotto la condizione della morte di una persona; in tutti questi ed altri simili casi, la parte, giustificando colla presentazione dell' atto di battesimo che sono trascorsi 100 anni dalla sua nascita, sarà dispensata dal provar la sua morte; imperciocchè essa dovrà presumersi, dacchè non si presume che un uomo viva oltre i 100 anni: ma se non è trascorso tale periodo, la vita e la morte di quest' uomo sono cose egualmente incerte; non v' ha alcuna presunzione nè per l' una nè per l' altra; e come in questo caso, allorchè la morte di questo assente, sopraggiunta prima ch' egli abbia toccata l' età di cento anni, serve di fondamento ad una domanda, l' attore è obbligato di appoggiare la sua domanda giustificando la sua morte; così quando la vita di questo assente serve di fondamento, come nel caso sopra proposto, l' attore dee parimente provare la sua esistenza.

ARTICOLO II.

Della vita civile necessaria per succedere.

Le successioni essendo di diritto civile, come abbiamo già osservato, ne segue che per esser capace di succedere, bisogna esser partecipe dello stato civile, bisogna godere della vita civile; da ciò segue che nè i forestieri che non sono naturalizzati, nè i francesi che hanno abdicata la loro patria stabilendosi in estero paese, nè quelli che hanno perduta la vita civile per una condanna a pena capitale, nè i religiosi possono succedere.

§ 1. *Degli stranieri.*

Gli stranieri che non sono naturalizzati non godendo dello stato civile, non sono capaci di alcuna successione in Francia, nè diretta nè collaterale.

Questa regola soggiace ad una prima eccezione nel caso in cui de' figli stranieri non naturalizzati, purchè però siano essi domiciliati nel regno, si trovano concorrere alla successione de' loro genitori o altri ascendenti, con altri figli che sono francesi o naturalizzati: in questo caso, questi figli non naturalizzati, i quali se fossero stati soli non avrebbero potuto essere ammessi alla successione de' loro genitori o altri ascendenti, sono ammessi a concorrervi cogli altri figli che ne sono capaci, non avendo in testa propria tale capacità: *Nec enim novum in jure quod quis ex persona sua non habet, ex alterius personae concursu et beneficio id habeat.* Tit ff. *de bonor. possess. contra tabulas.*

La ragione si è che il diritto di albinaggio del re essendo escluso dai figli francesi o naturalizzati, il re non vi ha più interesse alcuno. Egli non ha più interesse di opporre ai figli stranieri la qualità di straniero e la loro incapacità a questa successione, poichè questa successione non lo può riguardare. Non vi sono adunque che i figli francesi o naturalizzati che potrebbero opporre a quelli, che non lo sono, questa qualità di stranieri; ma è sembrato che non sarebbe giusto di lasciar loro escludere i proprj fratelli da una successione che la natura stessa deferisce egualmente agli uni come agli altri. Questa decisione ha luogo tanto che i figli francesi siano della stessa linea degli stranieri, quanto che siano di differenti linee.

Fuori di questo caso della succes-

sione diretta, gli stranieri non naturalizzati sono esclusi dalla successione dei loro parenti non solo dal re, ma da'parenti francesi del defunto.

La regola che gli stranieri non succedono in Francia soggiace ad una seconda eccezione per riguardo alla successione delle persone che, sia in conseguenza de' trattati fatti colla nazione, o sia a causa della loro qualità d'ambasciatori, residenti ec., di frequentanti le fiere di Lione, di scolari di diritto, ec. sono esenti dal diritto di albinaggio; imperciocchè i parenti di queste persone, sebbene domiciliati fuori del regno, succedono ad essi, almeno nelle cose per le quali la loro successione è esente dal diritto di albinaggio.

Del resto, quantunque con un trattato i sudditi di una nazione sieno esenti del diritto di albinaggio in Francia, ciò non accorda loro che il diritto di successione passiva: se muojono in Francia, essi non hanno per ciò il diritto di successione attiva, a meno che il trattato non comprenda espressamente i diritti dell' una e dell' altra successione.

Una terza eccezione riguarda le rendite che il re ha create esenti dal diritto di albinaggio, alle quali i parenti esteri e non domiciliati nel regno, succedono allo straniero proprietario delle dette rendite.

§ 2. *Delle persone stabilite in estero stato.*

È certo che il francese che abdica la sua patria perde i dritti di naturale francese, e per conseguenza il diritto di succedere in Francia; ma finchè non gli è stato fatto il suo processo per delitto di diserzione, e che non sia intervenuta sentenza contro di lui, per qualunque segno abbia dato di volersi stabilire in estero stato, il suo ritorno in Francia dee fare presumere ch' egli non ha abdicata la sua patria; ed in consegnenza dee essere ammesso alle successioni de' suoi parenti, non escluse quelle che si fossero aperte prima del suo ritorno, purchè dichiari che intende di rimanere in Francia.

Siccome questa dichiarazione può essere sospetta, così si è qualche volta in simil caso ammesso un erede alla successione, sotto la condizione che non potrebbe alienarne i beni.

Quando un francese è morto in paese estero dopo aver dato qualche segno che fa presumere in esso l' intenzione di stabilirsi perpetuamente in paese estero, e di abdicare la sua patria, non può riputarsi ch' ei sia succeduto a' suoi parenti morti mentre egli trovavasi fuori della sua patria. Che se egli non ha dato alcun segno di volersi stabilire in estero paese, per quanto sia lungo il tempo in cui egli vi abbia dimorato, e sebbene vi sia morto senza ritornare, egli sarà succeduto a' suoi parenti morti in Francia nel tempo in cui egli era in paese estero.

§ 3. *Di coloro che hanno perduta la vita civile per una condanna a pena capitale.*

Coloro che hanno perduta la vita civile per una condanna a pena capitale, sono incapaci di succedere. Affinchè la condanna ad una pena capitale faccia perdere la vita civile ed il diritto di succedere, bisogna che questa condanna sia pronunziata da una sentenza contradittoria in ultima istanza, o che sia stata confermata; o, se essa è stata pronunziata da una sentenza profferita in contumacia, bisogna che siano scorsi cinque anni dall' esecuzione di questa sentenza in effigie, senza che il condannato si sia presentato.

Da ciò segue che quegli che viene accusato d' un delitto capitale, è capace di succedere, finchè non è ancora condannato, e succede effettivamente a' suoi parenti morti posteriormente all' accusa intentata contro di lui, quand' anche fosse egli in seguito condannato.

Per riguardo a colui che è stato condannato da una sentenza contradittoria non in ultima istanza, il suo stato civile, o la sua capacità di succedere rimane in sospeso dopo questa sentenza; e per conseguenza se essa è confermata, egli è stato incapace di succedere a' suoi parenti che fossero morti posteriormente a una tale sentenza. Se, al contrario, la sentenza è stata riformata, o se il condannato è morto durante l' appellazione, essendo la sen-

tenza nell' uno e nell' altro caso privata di ogni effetto, si riterrà che il condannato abbia sempre conservato il suo stato civile, e che sia per conseguenza succeduto a' suoi parenti morti posteriormente a questa sentenza.

Se la decisione che ha riformata la prima sentenza pronunziava anche una condanna o una pena, differente da quella prescritta dalla prima sentenza, ma parimente capitale; per esempio, se taluno fosse stato condannato a morte dalla prima sentenza, e colla seconda alla pena delle galere a perpetuità, *aut vice versa*; nell' uno e nell' altro caso io credo ch' egli abbia conservato lo stato civile sino al giorno della seconda decisione, e che in conseguenza sia egli stato capace di succedere a' suoi parenti morti nel tempo intermedio fra la prima e la seconda sentenza, imperciocchè non è già la condanna della prima sentenza che abbia potuto fargli perdere la vita civile, poichè essa non ha avuto luogo, ma bensì quella della seconda; questa dunque gli ha fatto perdere la vita civile; esso non l' ha perduta prima, e per conseguenza è stato sino a quel giorno capace di succedere.

Avverrebbe altrimenti, se la prima sentenza non fosse riformata che per rapporto alla domanda o all'interesse civile, e se la seconda decisione avesse lasciato sussistere la condanna alla pena capitale pronunziata dalla prima sentenza; si riterrebbe che in questo caso avesse egli perduto lo stato civile in forza della prima sentenza, e che per conseguenza sia stato, da quell' epoca, incapace di succedere.

Osservate pure che ciò che si è detto, cioè che il condannato ad una pena capitale, che muore durante l' appello, si reputa che non abbia mai perduto lo stato civile, riceve eccezione nel caso del delitto di lesa maestà in primo capo; imperciocchè siccome l' accusa di questo delitto e per conseguenza l'appello possono proseguirsi dopo la morte, bisognerà aspettare il risultamento dell' appello.

Lo stato civile di colui che è stato condannato ad una pena capitale, con una sentenza profferita in contumacia, è parimente in sospeso. S'egli muore dopo il termine di cinque anni che gli sono accordati per presentarsi, o che sia stato costituito in prigione, si reputa ch' egli abbia perduto il suo stato civile dal giorno della esecuzione della sentenza, e per conseguenza non abbia potuto succedere a' suoi parenti morti posteriormente.

Che se egli è morto prima che spirasse il termine di cinque anni, si reputa che non abbia giammai perduto il suo stato civile, e per conseguenza sia sempre stato capace di succedere.

Avviene egualmente s' egli si è presentato, o se è stato costituito in prigione, sebbene dopo scorsi i cinque anni; imperciocchè colla sua presentazione, la sentenza in contumacia viene annullata, come se non ne avesse mai esistita alcuna, e per conseguenza si reputa che egli abbia sempre conservato il suo stato civile, e la sua capacità di succedere.

Questa decisione ha essa luogo anche nel caso in cui il condannato che si è presentato, o costituito prigione, fosse stato di nuovo condannato ad una pena capitale con sentenza profferita in contraddittorio giudizio? Sembra che la decisione debba avere luogo anche in questo caso; imperciocchè la contumacia essendo stata annullata, non è neppure in forza della sentenza profferita in contumacia, che il condannato ha perduto lo stato civile, ma in forza della sentenza contraddittoria intervenuta dappoi, la quale non è una semplice conferma di quella che è stata profferita in contumacia; imperciocchè essendo stata annullata, non poteva essere confermata. Il condannato non avendo perduto lo stato civile che in forza della sentenza profferita in contraddittorio, ne segue ch' egli è stato capace di succedere sino a quest' epoca; tuttavia Lebrun cita delle decisioni che hanno giudicato che il condannato, che si è presentato dopo i cinque anni, deesi riputare morto civilmente sin dal tempo della esecuzione della sentenza in contumacia, eccetto che non venisse assoluto colla sentenza profferita in contraddittorio. Vedansi le decisioni.

§ 4 *De' religiosi professi.*

I religiosi che hanno fatto professione, secondo le regole del regno che abbiamo spiegate al titolo della divisione delle persone, sono incapaci di succedere.

Questa incapacità proviene da due cause, ciascuna delle quali è bastante per renderli incapaci di succedere. La prima è la perdita ch' essi fanno dello stato civile colla professione religiosa. La seconda è il voto di povertà che li rende incapaci di acquistare degl' immobili, e per conseguenza di raccogliere alcuna successione, quando anche fosse essa puramente mobiliare, *quia universitas mobilium sapit quid immobile.*

Per questa seconda ragione i religiosi professi sebbene restituiti alla vita civile coll' episcopato, rimangono però incapaci di succedere a' loro parenti.

I religiosi sebbene dispensati dai loro voti dal Papa, rimangono incapaci di succedere, imperciocchè la podestà del Papa, che è tutta spirituale, non può restituir loro la vita civile che hanno perduta.

I gesuiti, dopo i primi voti, sono veri religiosi; e per conseguenza non godendo dello stato civile sono incapaci di succedere nel tempo ch' essi rimangono nella società; ma siccome essi possono esser congedati dalla società, il loro stato civile è piuttosto in sospeso che perduto: imperciocchè se essi sono congedati, e ritornano al secolo, si reputa che non abbiano giammai perduto lo stato civile per una finzione di diritto simile a quella *juris postliminii*, colla quale, secondo il diritto romano, un romano preso dagli inimici allorchè era di ritorno, si riputava che non fosse mai stato in ischiavitù, e che non avesse mai perduto la vita civile.

In conseguenza di questa finzione si ritiene che il gesuita congedato sia succeduto a' suoi parenti morti nel tempo in cui egli era gesuita; e quelli che hanno raccolta questa successione devono restituirgliela o in totalità, se egli era il più prossimo erede, o in quella parte alla quale si reputa che ei sia succeduto; ma essi non sono obbligati verso di lui ad alcuna restituzione di frutti di questa successione. Così viene disposto dalla dichiarazione del re del mese di luglio 1715.

Osservisi inoltre che secondo quella dichiarazione, bisogna che il gesuita sia congedato prima dell' età di 33 anni per aver diritto a queste successioni: altrimenti, non solo non ha diritto alle successioni de' suoi parenti morti nel tempo ch' egli era gesuita, ma egli è anche, secondo questa dichiarazione, incapace di raccogliere le successioni cui si desse luogo dappoi. Ciò è stato stabilito pel riposo delle famiglie, nelle quali si sono potute assumere delle obbligazioni nella giusta persuasione nella quale dovevasi essere ch' essi non ritornerebbero al secolo. Vedasi ciò che se ne dice nel titolo della divisione delle persone.

I cavalieri di Malta, quando hanno fatto i loro voti, sono veri religiosi, e per conseguenza incapaci di succedere a' loro parenti; ma la giurisprudenza ha stabilito ch' essi possono domandare delle pensioni alimentarie per goderne soltanto sino a che siano provveduti di una commenda.

I brevi che il Papa accorda qualche volta a questi cavalieri per potere succedere, non hanno alcun effetto in Francia; imperciocchè il Papa non vi ha alcun potere per tutte le cose che sono d' ordine politico e secolare, come è il diritto di succedere. I Francesi conoscono troppo l' importanza delle funzioni del sovrano pontefice, ed i limiti che la mano di Dio ha posti alla sua podestà per vedere con indifferenza ch' egli s' immischii nell' amministrazione degli affari temporali. Essi sono inviolabilmente attaccati a quel principio: *jus dicens extra territorium, jus non dicit.* E perciò le sue decisioni in materia civile non sono di alcun peso presso di noi.

ARTICOLO III.

Della parentela.

Bisogna esser parente del defunto per esser capace di succedergli, salvo

che in mancanza di parenti, la vedova del defunto, o il vedovo della defunta siano ammessi a succederle.

§ 1. *Cosa sia la parentela.*

Diconsi parenti quelle persone l'una delle quali discende dall' altra, o che discendono da uno stesso stipite comune.

I primi, vale a dire le persone che discendono l' una dall' altra, sono parenti in linea retta; le altre, vale a dire quelle che discendono da uno stipite comune, sono parenti in linea collaterale. Per esempio, un padre ed un figlio sono parenti, un avo ed un nipote sono parenti, perchè una di queste persone discende dall' altra; il figlio discende da suo padre, il nipote discende da suo avo. Due fratelli sono parenti; uno zio ed un nipote *ex fratre* sono parenti; due cugini sono parenti, perchè tutte queste persone discendono da uno stipite comune. I fratelli discendono da uno stesso padre, e da una stessa madre; lo zio e il nipote discendono da una stessa persona, che è il padre o la madre dello zio, o l' ava del nipote; i cugini discendono pure da una stessa persona, da uno stesso avo, da uno stesso bisavo, o da un altro ascendente più lontano.

La parentela è dunque un vincolo fra due persone, l' una delle quali discende dall' altra, o che discendono ambedue da uno stesso stipite comune.

§ 2. *Delle linee e gradi di parentela.*

La parentela che ciascuna persona può avere co' suoi diversi parenti si divide in tre linee; la retta discendentale, la retta ascendentale, e la collaterale.

La parentela di linea retta discendentale è quella che io ho con coloro che discendono da me; quella della linea diretta ascendentale è quella che io ho con coloro da' quali discendo; quella della linea collaterale è quella che io ho con coloro che discendono dallo stesso stipite dal quale io discendo.

La parentela si forma da una o più generazioni; il numero di queste generazioni fa il numero del grado di parentela.

La parentela che esiste tra un padre ed una madre, ed il loro figlio o figlia è una parentela che si forma da una sola generazione, e per conseguenza è una parentela in primo grado.

La parentela fra un avo ed il suo nipote, è una parentela in secondo grado, poichè con due generazioni il nipote discende dall' avo; per la stessa ragione la parentela del bisavo col figlio del suo nipote è in terzo grado; e così delle altre.

Per contare i gradi di parentela in linea collaterale bisogna contare il numero delle generazioni che vi sono state dall'uno di questi parenti rimontando sino allo stipite comune, e da questo stipite comune discendendo sino all' altro parente.

Secondo questa maniera di parlare non vi è primo grado di parentela in linea collaterale.

I fratelli sono in secondo grado, imperciocchè vi ha bisogno di due generazioni per formare la parentela che esiste fra essi.

Lo zio e la zia sono in terzo grado col nipote o la nipote, imperciocchè si richiedono tre generazioni per formare questa parentela, cioè due per rimontare dalla persona del nipote sino allo stipite comune che è l' avo, ed una per discendere da questo stipite comune sino allo zio, che è figlio della persona che forma lo stipite comune.

I cugini germani sono in quarto grado, poichè si richiedono quattro generazioni; due per rimontare dall' uno de' cugini germani al loro avo, che è lo stipite comune, e due per discendere da questo stipite comune sino all' altro cugino germano.

Secondo la stessa regola, due cugini l' uno dei quali fosse cugino germano del padre o della madre dell' altro, sono fra essi in quinto grado di parentela; due cugini figli di cugini germani sono in sesto; così dicasi degli altri.

Questa maniera di numerare i gradi in linea collaterale desunta dal diritto civile, è quella di cui noi ci serviamo nell'ordine delle successioni. Ma è be-

ne di osservare che vi esiste un altro modo di numerarli preso dal diritto canonico, che è praticato nelle altre materie pe' gradi di parentela che formano impedimento al matrimonio, o che formano una causa di ricusa di giudice o di testimonj.

Invece che secondo il computo del diritto civile, si numerano le generazioni dell' una e dell' altra persona della parentela delle quali si tratta; al contrario, secondo il computo del diritto canonico, non si contano le generazioni che dell' una di queste persone secondo questa regola: ***In linea collaterali aequali quoto quaeque persona gradu distat a communi stipite, eodem gradu distant inter se.*** Per esempio, secondo questa regola, i fratelli sono in primo grado di parentela, i cugini germani in secondo, i figli de' cugini germani in terzo, ***et sic de caeteris gradibus.***

Se uno dei due parenti è più lontano dell' altro dallo stipite comune si contano le generazioni della persona la più lontana dallo stipite secondo quest' altra regola, ***in linea collaterali inaequali quoto gradu persona remotior distat a communi stipite, eodem gradu distant inter se.*** Per esempio, lo zio e il nipote sono fra essi in secondo grado, perchè il nipote, che è la persona la più lontana dallo stipite comune, ne è lontana di due generazioni.

Si scorge che questo computo del diritto canonico è poco esatto. Così, come abbiam detto, noi non ne facciamo uso per le successioni, ma invece ci serviamo di quello del diritto civile, che testè abbiamo spiegato.

§ 3. *Quale parentela dia diritto di succedere.*

Qualunque parentela non dà diritto di succedere; bisogna che due cose vi concorrano; 1.° ch' essa sia legittima; 2.° ch' essa sia nel grado al quale, secondo l' ordine prescritto dalla legge, la successione è deferita. Noi ci riserviamo a parlare di quest' ordine al capitolo seguente.

Il principio premesso, che la sola parentela legittima accorda diritto di succedere, ritrovasi scritto nel nostro Statuto, art. 310.

Il diritto romano faceva una distinzione fra il padre e la madre; la sola parentela legittima accordava il diritto di succedere fra il padre ed i figli, perchè essi non riconoscevano per loro padre che colui che lo è in conseguenza di matrimonio, ***pater is est quem nuptiae demonstrant.*** Ma la parentela puramente naturale bastava per istabilire il diritto di successione fra la madre ed i suoi figli naturali, fra i figli ed i loro parenti naturali, perchè ***mater semper est certa.*** Questa distinzione non ha luogo nel nostro diritto francese: egli non riconosce alcun' altra parentela che possa dare diritto di succedere; e perciò il nostro Statuto dice indistintamente, ***i figli naturali non succedono.***

Essi non solo non succedono al padre loro, ma neppure alla madre ed a' loro parenti naturali.

Parimente il padre e la madre non succedono loro, perchè la parentela che esiste fra essi essendo formata da un' unione illegittima, non è una parentela legittima che possa dar diritto di succedere.

Ma un bastardo può succedere ai figli che egli ha avuto da legittimo matrimonio; perchè la parentela che esiste fra lui ed i suoi figli è una parentela legittima, poichè procede da un legittimo matrimonio.

Quando una parentela è formata da più generazioni, affinchè sia legittima e che dia il diritto di succedere, bisogna, che tutte queste generazioni provengano da una unione legittima; se ve ne ha una sola che provenga da un' unione illegittima, la parentela non è legittima, e non può accordare questo diritto di succedere.

Secondo questo principio, se io ho avuto un figlio bastardo che abbia avuto un figlio nato da legittimo matrimonio, la parentela che esiste fra mio nipote, e me non è una parentela legittima, che possa darci diritto di succedere reciprocamente perchè di due generazioni delle quali essa è formata, non ve ne ha che una che provenga da una congiunzione legittima.

Per la stessa ragione, se oltre questo figlio naturale, io abbia avuto un altro figlio nato da legittimo matrimonio, che è lo zio del figlio del ba-

stardo, questo zio non sarà capace a succedere a suo nipote, nè il nipote a suo zio; perchè di tre generazioni che formano la parentela fra questo zio e questo nipote, ve n' ha una che proviene da un' unione illegittima.

§ 4. *Quali unioni sieno legittime.*

Non esiste altra unione legittima che il matrimonio validamente e legittimamente contratto.

Un matrimonio nel quale si riscontra un impedimento dirimente non può dunque formare una parentela legittima; *puta* se è vizioso nella forma, perchè non contratto in faccia alla chiesa; se l' una delle parti era vincolata da ordini sacri, o dalla professione religiosa, ec. Non è questo il luogo di riferire i differenti impedimenti dirimenti, che possono annullare i matrimonj, noi gli sviluppiamo nel *Trattato di Matrimonio.*

Sebbene un matrimonio nullo non sia una unione legittima, tuttavia qualche volta equivale ad una unione legittima, a motivo della buona fede delle parti; imperciocchè sintanto che esse hanno una giusta causa d' ignoranza dell' impedimento dirimente, il matrimonio, sebbene sia illegittimo, equivale ad una unione legittima, e forma una parentela legittima. Per esempio se si è creduto che una persona fosse perita in un naufragio, e che sua moglie, sull' appoggio d' un certificato in buona forma della morte di suo marito, ne abbia sposato un altro, e che il suo primo marito che credevasi perito, essendo sfuggito al naufragio, venga a ricomparire, è certo che il secondo matrimonio è nullo; tuttavia a causa della buona fede delle parti, esso equivarrà ad una unione legittima, ed i figli che sono nati, purchè siano stati concepiti nel tempo in cui durava la buona fede, vale a dire prima del ritorno del primo marito, che credevasi morto, saranno riputati legittimi.

Basta anche la sola buona fede dell' una delle parti per dare a un matrimonio nullo gli effetti di una unione legittima. Per esempio, se una donna prende per marito un uomo che essa ignora esser vincolato da ordini sacri, o da una professione religiosa, questo matrimonio, sebben nullo in sè stesso, sortirà, a contemplazione della buona fede della donna, gli effetti di una unione legittima, e formerà una parentela legittima: i figli succederanno a' loro parenti; ma io non credo che il padre che era in mala fede dovesse succedere loro, giacchè egli ne è indegno.

Ciò è fondato sul capo *cum inhibitis*, § *si quis*, tratto dal concilio di Laterano, sotto Innocenzo III, al titolo delle decretali *de clandestina despons. Proles illegitima censeatur si ambo parentes impedimentum scientes .... contrahere praesumpserunt.* Al contrario, essi sono legittimi se l'hanno ignorato. Ciò è parimente stabilito dalle decretali, cap. *ex tenore X. Qui filii sunt legitimi.* Lebrun riporta due decisioni che hanno adottate queste disposizioni canoniche.

Vi sono de' matrimonj i quali, sebbene validi, sono privati degli effetti civili dalle nostre leggi. Questi matrimonj sono validamente, ma non sono legittimamente contratti; essi non costituiscono una unione legittima, e per conseguenza non formano una parentela legittima che possa dare il diritto di succedere. Tali sono i matrimonj che essendo stati contratti nella forma prescritta dalle leggi, sono stati tuttavia tenuti occulti sino alla morte di uno de' conjugi. L'Ordinanza del 1639, art. 3, priva questi matrimonj degli effetti civili: *Dichiariamo che i figli che nasceranno da questi matrimonj che le parti hanno tenuto o terranno celati durante la loro vita, che si risentono piuttosto dell' obbrobrio di un concubinato, che della dignità di un matrimonio, siano incapaci di qualunque successione, come pure la loro discendenza.*

Si prova che un matrimonio è stato tenuto segreto allorchè consta da atti che la moglie non ha assunto il nome di suo marito; come pure allorchè le parti hanno avuto delle abitazioni separate; allorchè una donna di servizio che è stata sposata dal suo padrone è rimasta nel suo stato di donna di servizio.

L' Ordinanza del 1639, art. 6, priva degli effetti civili un' altra specie di matrimonio: *Noi vogliamo che la stessa pena* (della incapacità di succedere) *abbia luogo contro i figli nati da donne che sono state mantenute dai loro padri, e che essi sposano allorchè si trovano all' estremità della vita.*

L' editto del 1697 ha esteso questo articolo a' matrimonj delle donne che alla estremità della vita sposassero degli uomini co' quali avessero vissuto in libertinaggio.

È necessario che concorrano due cose affinchè un matrimonio sia privato degli effetti civili, secondo le disposizioni di queste leggi: 1.° che sia stato contratto all' estremità della vita; 2.° che sia stato preceduto da un concubinato o cattivo commercio fra le parti.

Non basterebbe che vi fossero semplici sospetti di questo cattivo commercio, ma vi sono necessarie delle prove postive. Ciò è stabilito da una decisione dell' 8 luglio 1675, riportata nel 1.° volume del Giornale del foro, che ha giudicato che un matrimonio fatto *in extremis* nella camera del malato, colla dispensa delle pubblicazioni, doveva sortire i suoi effetti civili, mancando la prova positiva del cattivo commercio che avesse preceduto fra le parti, sebbene vi fossero delle presunzioni.

Un matrimonio si riputerebbe egli fatto *all' estremità della vita*, se uno de'contraenti che era in colpa al tempo della celebrazione, morisse improvvisamente all'indomani o il giorno stesso? No. L' Ordinanza intende per matrimonio fatto all' estremità della vita quello che è stato contratto da colui che sapeva di avvicinarsi al suo fine, e che era malato dell' ultima malattia per la quale è morto. L' Ordinanza ha voluto punire quelli che aspettano l' estremità della vita per riparare lo scandalo di un cattivo commercio con un matrimonio legittimo. Quegli che trovavasi in perfetta salute, sebbene alla vigilia della sua morte, ch' egli non aveva motivo di creder così vicina, non ha avuto la volontà di aspettare la fine della sua vita per riparare lo scandalo, poichè l' ha riparato in un tempo in cui non aveva motivo di creder ch' egli fosse all' estremità della sua vita; e per conseguenza il matrimonio ch'egli ha contratto non deè esser soggetto alle pene dell' Ordinanza.

Sembra esservi alquanta difficoltà quando una donna, alla vigilia del suo parto, sposa un uomo col quale ha vissuto da lungo tempo in libertinaggio e muore in seguito nel parto. Tuttavia è stato giudicato con decisione del 5 settembre 1655, riportata nel Giornale del foro, che questo matrimonio non ritenevasi fatto all' estremità della vita e sortiva gli effetti civili. Imperciocchè, sebbene lo stato di gravidanza sia uno stato che pone la donna in pericolo della sua vita, cionondimeno è uno stato naturale: la gravidanza non è una malattia; la donna è nel caso di temere, ma non di disperare della sua vita.

Allorchè il matrimonio è stato contratto durante l' ultima malattia di uno de' conjugi, il quale fin dal tempo della sua celebrazione aveva in sè un principio di morte, il matrimonio è soggetto alla pena dell' Ordinanza. Del resto la giurisprudenza non ha ancora fissato l' intervallo di tempo che bisognava che trascorresse in questo caso fra il matrimonio e la morte.

È stato giudicato con decisione del 28 febbrajo 1672, riportata al 1.° volume del Giornale di palazzo, che un matrimonio contratto da una concubina ed un uomo ferito a morte, era soggetto alle pene dell'Ordinanza, sebbene avesse sopravvissuto 54 giorni.

Il terzo caso nel quale un matrimonio sebbene validamente contratto non porta gli effetti civili, e non può formare una parentela legittima, è quando uno de' contraenti sia morto civilmente. La ragione è evidente; le persone morte civilmente non partecipano dello stato civile; esse sono dunque incapaci di una unione civile; il matrimonio ch' esse contraggono non può dunque esser che un matrimonio naturale, e non un matrimonio che abbia gli effetti civili. Ciò è stabilito dall' Ordinanza del 1639, art. 6, che pronuncia la pena dell' incapacità di succedere contro i figli procreati da coloro che si maritano dopo essere stati condannati a morte

anche con sentenza profferita in contumacia, se prima della loro morte essi non siano restituiti al pristino stato. Questi termini dell' Ordinanza *condannati a morte*, non s' intendono soltanto della condanna a morte naturale, ma della condanna ad una pena che importa la morte civile; come è quella delle galere a perpetuità, del bando perpetuo fuori del regno. Quelli che sono condannati a queste pene, perdendo colla condanna lo stato civile, sono incapaci di un matrimonio che abbia gli effetti civili. Lebrun riferisce una decisione che ha così giudicato per un certo Tillon che aveva contratto matrimonio dopo essere stato bandito dal regno.

Se il condannato, che, posteriormente alla condanna in contumacia, ha contratto matrimonio, è morto entro i cinque anni che gli sono accordati per presentarsi, il suo matrimonio sortirà egli gli effetti civili? Sì; imperciocchè egli muore *integri status*. Il suo stato, che era in sospeso colla sentenza, è confermato colla sua morte avvenuta entro i cinque anni, come abbiam veduto nella sezione prima: si reputa ch' ei non abbia giammai perduto lo stato civile; e per conseguenza il suo matrimonio dee sortire gli effetti civili; i termini dell' Ordinanza *anche con sentenza profferita in contumacia*, devono essere ristretti al caso in cui morisse dopo i 5 anni. Ciò risulta anche dalle espressioni che sussieguono, *se prima della loro morte essi non sono stati restituiti al pristino stato*, poichè i condannati in contumacia allorchè muojono nell' intervallo de' 5 anni, sono non solo restituiti al loro stato civile, ma si reputa che non l' abbiano giammai perduto.

Queste espressioni *se essi non sono stati restituiti al pristino stato, ec.* fanno conoscere, che se il condannato ottiene posteriormente al suo matrimonio delle lettere di grazia che lo restituiscono allo stato civile, questa riabilitazione della sua persona riabilita il matrimonio ch' egli ha contratto, gli accorda gli effetti civili, e dà ai figli che ne sono nati, sebbene anteriormente alle lettere di grazia, i diritti di parentela legittima e la capacità di succedere.

Se la persona che il condannato a morte ha sposata ignorava lo stato di questo condannato, la sua buona fede sanerà ella il vizio di questo matrimonio, ed accorderà a' figli i diritti di parentela legittima? Lebrun decide per l' affermativa, ed il suo sentimento mi sembra giusto; imperciocchè se la buona fede sana il difetto di un matrimonio assolutamente nullo, ed accorda a' figli che ne sono nati i diritti di parentela legittima, come abbiamo veduto, questa buona fede dee per la stessa ragione produrre lo stesso effetto a riguardo di un matrimonio che è nullo soltanto riguardo agli effetti civili.

È vero che per una ragione particolare, questi figli non possono succedere al condannato; e questa ragione si è ch' egli è incapace di trasmettere la sua successione; ma essi potrebbero succedere ed all'altro conjuge, ed a tutti i parenti, non esclusi quelli della linea del condannato, come è stato giudicato riguardo ai figli del sig. Rocheboisseau nati dal matrimonio da lui contratto posteriormente alla sua condanna. Lebrun riferisce questo fatto ch' egli ha desunto da Henrys.

L' Ordinanza non parla, che del matrimonio, che il condannato ha contratto posteriormente alla sua condanna. La condanna non iscioglie quello che è stato contratto precedentemente; ed io credo che i figli che ne nascono, sebbene posteriormente alla condanna, abbiano i diritti di parentela civile non per succedere al condannato, che è incapace di trasmettere la sua successione, ma per succedere a' suoi altri parenti.

È evidente che le unioni fra persone che non hanno contratto insieme alcun matrimonio, come sono il concubinato e la fornicazione, non sono unioni legittime; ma il vizio di queste unioni può essere sanato da un matrimonio legittimo, che le persone in seguito contraggano insieme; ciò è che dicesi legittimazione per susseguente matrimonio.

§ 5. *Della legittimazione per susseguente matrimonio.*

Questa specie di legittimazione trae

la sua origine da una costituzione di Costantino abrogata da Zenone; *l.* 5, *Cod. de natur. liber.*, rinnovata da Giustiniano, leg. 10 e 11, *Cod.* detto tit. . . . e molto aumentata dalla Novella 18, cap. ult., e dalla Novella 78, cap. 4, dello stesso imperatore. Su questa legittimazione vi sono quattro quistioni principali: 1.° quali sono le unioni illegittime il di cui vizio può esser sanato col susseguente matrimonio? 2.° quale matrimonio può sanar questo vizio? 3.° se sia necessario un contratto e delle convenzioni matrimoniali? 4.° quale è l' effetto di questa legittimazione?

Questione Prima.

Quali sieno le unioni illegittime il di cui vizio può essere sanato col susseguente matrimonio.

La legittimazione è stata inventata per legittimare i figli nati *ex concubinatu*. Questo *concubinatus* era un vero matrimonio naturale al quale non mancavano che gli effetti civili, e che era permesso dalle leggi, *per leges nomen assumpsit*; *l.* 3, §. 1, *ff de concubin.* Sebbene, secondo i nostri costumi, il concubinato sia differentissimo, ed ei non sia un vero matrimonio, ma una unione illecita, tuttavia il vizio di questa unione può essere sanato col susseguente matrimonio, ed i figli che ne sono nati resi legittimi.

Dicesi lo stesso di una semplice unione passeggiera di un uomo con una donzella; s' egli la sposa in seguito, il matrimonio sanerà il difetto di questa unione, e renderà legittimo il figlio che ne è nato. Se vi fosse una parentela collaterale fra il giovine e la donzella che hanno commercio insieme, il matrimonio celebrato in seguito fra queste persone legittimerà egli i figli nati da questo commercio? La ragione di dubitare è, che una tale unione è affetta da un vizio d' incesto, che la rende più criminosa; tuttavia bisogna decidere che i figli sono legittimati; la dispensa ottenuta posteriormente ha un effetto che sana questo vizio d' incesto.

Il vizio di una unione adulterina non può esser sanato; i figli che ne sono nati non possono essere legittimati con un matrimonio susseguente. Tale è la disposizione del capo *tanta est vis*, 7, *qui filii sunt legittimi*, che noi osserviamo. *Finge*: un uomo maritato ha avuto nel corso del suo matrimonio un commercio con una donzella, e da questa unione ne è nato un figlio: il matrimonio ch' egli contrarrà in seguito con questa donzella, dopo la morte di sua moglie, non potrà legittimar questo figlio, perchè il vizio di una unione adulterina è troppo considerevole per potere esser sanato.

Se io ho avuto, durante il mio matrimonio, commercio con una donzella, e che il figlio concepito in seguito di questo commercio sia nato posteriormente alla morte di mia moglie, questo figlio potrà egli essere legittimato col matrimonio che io contrarrò con questa donzella? No; imperciocchè sebbene mia moglie sia morta prima della nascita di questo figlio, l' unione dalla quale egli è nato non lascia di essere una unione adulterina. Io non avrei proposta tale quistione se non avessi veduto che Lebrun è di parere contrario. Egli cita le leggi 18, e 19, ff. *stat. homin.* che non hanno alcuna applicazione al caso. Queste leggi decidono che un figlio nasce libero se sua madre era libera in tempo del concepimento o in tempo della sua nascita, perchè la condizione di sua madre, dalla quale dipende la sua, potendo essere considerata in questi differenti tempi, dee essere considerata nel tempo il più favorevole al figlio; ma il vizio d' adulterio che rende adulterino il figlio che ne è provenuto, non può considerarsi che nel tempo in cui si commette l'adulterio, nel tempo della copula: il tempo della nascita del figlio è indifferente a questo riguardo.

Per questa stessa ragione, sebbene il figlio che io ho avuto da un commercio con una donzella sia nato durante il mio matrimonio con un' altra donna, esso non sarà adulterino, se l' unione dalla quale egli è stato procreato abbia preceduto il matrimonio: imperciocchè l' unione non è stata adulterina, e per conseguenza egli potrà esser legittimato col matrimonio che io contrarrò con sua madre dopo la morte di mia moglie.

Se la persona dalla quale io ho avuto un figlio era maritata, ma avea una giusta causa di credere che suo marito fosse morto, perchè avea avuto de' certificati della sua morte, il figlio potrebbe esser legittimato col matrimonio che io contraessi con essa dopo la morte di suo marito? Io credo che sì; imperciocchè questa unione non è adulterina: *Adulterium sine dolo malo non committitur*; *l.* 43. *c.* 11. § 12; *l.* 12., *ff. ad leg. Jul. de adult.*

QUESTIONE II.

Quale matrimonio possa purgare il vizio di una unione illegittima.

Il matrimonio che può sanare il difetto di una unione illegittima, dee essere un matrimonio legittimo. Un matrimonio fatto *in extremis*, o tenuto occulto sino alla morte, o fatto posteriormente ad una condanna capitale, non può dunque sortir quest' effetto; imperciocchè tale matrimonio non avendo per sè stesso gli effetti civili, non può comunicarli all' unione che lo precede.

Se un matrimonio valido, ma privato soltanto degli effetti civili, non può aver l' effetto di sanar il vizio dell' unione che lo precede, a maggior ragione un matrimonio assolutamente nullo non può aver quest' effetto. *Quid*, se fosse bensì un matrimonio nullo, ma al quale la buona fede de' contraenti accorda gli effetti civili, e legittima i figli che ne sono nati, potrà egli sanare il vizio dell' unione che lo precede? *Finge*: un uomo celibe ed una donzella hanno avuto commercio insieme, e da questo commercio è nato un figlio; la donzella si marita in seguito; il marito ch' essa ha sposato muore, ed essa ha de' certificati della sua morte; nella buona fede ella si rimarita con quello uomo col qual avea avuto commercio; il primo marito ritorna; questo matrimonio sanerà egli il vizio di commercio che queste persone hanno avuto precedentemente, ed il figlio precedentemente nato sarà egli per ciò legittimato? No; *nec obstat*, che i figli nati da questo matrimonio, sebbene nullo, siano legittimi a causa della buona fede de' contraenti. Questa buona fede può bensì legittimare i figli nati da questa unione che è stata fatta in buona fede; ma il figlio nato da una unione precedente, che non è stata fatta di buona fede, non può divenire legittimo che in forza di un vero e valido matrimonio che può solo sanare il vizio di questa unione; così è stato giudicato nella causa di Maillard.

QUESTIONE III.

Se sia necessario che il matrimonio sia accompagnato da un contratto fatto innanzi notajo per operare la legittimazione.

La costituzione di Costantino e quella di Giustiniano richiedono per la legittimazione de' figli, che il matrimonio contratto colla loro madre sia accompagnato da un contratto che contenga le convenzioni matrimoniali, *tabulis dotalibus intervenientibus*. Quest' istrumento era richiesto per far constare del matrimonio affinchè non vi fosse alcun dubbio che l' uomo avesse innalzato la sua concubina alla dignità di moglie legittima; ciò che non era sempre agevole a distinguersi, *cum uxor et concubina sola animi affectione differant*; *l.* 4, *ff. de concub. junct. Paul. sentent.*, *tit.* 20. Questa ragione non può esser applicabile nel nostro diritto francese, non avendo il matrimonio bisogno di esser comprovato con un contratto, ed essendolo molto meglio colla celebrazione che se ne fa in faccia alla chiesa, e coll' atto di questa celebrazione inscritto a' registri della parrocchia. Per questa ragione non è dubbio oggidì che il contratto di matrimonio non sia necessario per le legittimazioni, sebbene alcune antiche decisioni, attenendosi troppo scrupolosamente alla lettera del romano diritto, l' avessero giudicato necessario.

QUESTIONE IV.

Quale sia l' effetto di questa legittimazione che dicesi per subsequens matrimonium.

La legittimazione prodotta dal ma-

trimonio sana talmente il vizio della unione illegittima, dalla quale è stato il figlio procreato, ch' essa accorda a questo figlio lo stesso diritto di parentela legittima ch' egli avrebbe, se fosse nato dal matrimonio stesso; egli è riputato nato anticipatamente. Questo diritto di parentela legittima gli comunica la nobiltà di suo padre, gli accorda il diritto di succedere a' suoi genitori, ed a tutti i suoi parenti, tanto paterni che materni, e di trasmettere loro la sua successione; infine generalmente tutti i diritti annessi alla parentela legittima, come il diritto di retratto di famiglia, in guisa che egli non differisce in nulla da' figli nati durante il matrimonio. Ciò è tanto vero che il figlio procreato da una unione illecita, legittimato col matrimonio, ha il diritto di primogenitura in preferenza de' figli nati dopo il matrimonio. Ma ha egli questo diritto in preferenza de' figli nati da un matrimonio intermedio? Molineo decide che no. Le ragioni di questa decisione sono evidenti: l' effetto della legittimazione *per subsequens matrimonium*, è quello di dare al figlio nato da una unione illecita prima del matrimonio, gli stessi diritti ch' egli avrebbe avuto se fosse nato durante il matrimonio. La finzione della legittimazione consiste nel supporre che egli sia nato dal matrimonio: ora il matrimonio che suo padre ha contratto con sua madre, essendo il secondo, ne segue ch' egli non può riguardarsi che come un figlio del suo secondo matrimonio. Ora, ripugna che il figlio del suo secondo matrimonio sia primogenito dei figli del primo; d' altronde la legge accordando al matrimonio la virtù di sanare i vizj dell' unione che l' ha preceduto, e di legittimare il figlio che ne è nato, non ha inteso di pregiudicare a' diritti di alcuno. La legge non accorda le sue grazie a spese di altri; essa non pregiudica a' figli che nasceranno da questo matrimonio perchè essi non esistono ancora; essi non sono capaci di ricevere alcun pregiudizio, e che d' altronde devon essere grati a' figli nati prima del matrimonio, i quali procurando il matrimonio hanno loro pure procurata la nascita; *Gratias agere fratribus suis posteriores debent, quorum beneficiis ipsi sunt justi filii*; *l.* 10. *Cod. de natur. liber.* Ma se il figlio legittimato col secondo matrimonio avesse il diritto di primogenitura in preferenza de' figli del matrimonio intermedio, questa legittimazione si farebbe in pregiudizio del diritto acquistato dal primogenito del primo matrimonio; essa lo priverebbe del diritto di primogenitura, del primo posto nella famiglia di suo padre, del quale egli si trova in possesso, ciò che è contrario a tutti i principj.

Non v' ha alcun inconveniente che il primogenito del primo matrimonio sia il primogenito di un fratello di già maggiore di lui: imperciocchè per rapporto a' diritti di famiglia, non si devono computare gli anni che dal giorno in cui si è entrato in famiglia, e per conseguenza soltanto dal matrimonio di sua madre. Lebrun è di parere contrario a quello di Molineo, ma egli si appoggia sopra ragioni così futili che non meritano risposta.

L' effetto che produce il matrimonio di sanare il vizio della unione illegittima che l' uomo ha avuto precedentemente con sua moglie, non si limita soltanto a' figli che sono stati procreati, ma si estende alla loro discendenza legittima. Per conseguenza se io ho avuto da una donzella un figlio naturale il quale abbia lasciato in tempo della sua morte de' figli legittimi, e che in seguito io sposi questa donzella, il matrimonio che io contraggo seco lei, sanando il difetto dell' unione dalla quale il mio figlio naturale fu procreato, accorderà a' figli ch' egli ha lasciati il diritto di parentela legittima con me, cosa ch' essi non avrebbero altrimenti ottenuta.

§ 4. *Della legittimazione per lettere patenti.*

La legittimazione per lettere patenti del re non accorda a' figli naturali che il diritto di portare il nome del padre loro, e di portare le armi della sua casa con una fascia da sinistra a diritta; ma essa non accorda il diritto di parentela legittima, come neppure il diritto di succedere in man-

canza di parenti legittimi. Le lettere di legittimazione colla clausola di succedere non sono più in uso.

ARTICOLO IV.

Delle cause che possono escludere un parente dal diritto di succedere.

Noi non parliamo in quest' articolo della vita civile, della quale si è parlato nell' articolo secondo, ma delle cause che, senza intaccare lo stato civile di un parente, lo privano del diritto di succedere. Queste cause sono la diseredazione, l' indegnità, la rinunzia al diritto di succedere; in certi Statuti le figlie dotate sono escluse dalla successione.

§ 1. *Della diseredazione.*

La diseredazione è un atto col quale una persona esclude dalla sua successione, per un giusto motivo, alcuno de' suoi figli o altri parenti.

Sebbene non vi sia che la legge, secondo il nostro diritto statutario, che nomini gli eredi, e ch' essa li nomini indipendentemente dalla volontà del defunto, essa gli accorda però la facoltà di escludere dalla sua successione coloro che se ne sono resi indegni, e non nomina eredi coloro che per un giusto giudizio del defunto sono stati diseredati.

Vi sono sei principali questioni riguardo la diseredazione: 1.° quali persone si possono diseredare e per quali cause? 2.° come si faccia la diseredazione? 3.° a chi tocchi a provare la giustizia o l' ingiustizia della diseredazione? 4.° quali ne siano gli effetti? 5.° se essa si estenda a' figli del diseredato? 6.° quando si reputa rivocata?

QUESTIONE PRIMA.

Quali persone si possono diseredare, e per quali cause?

Sebbene i nostri figli abbiano dalla natura il diritto alla nostra successione, tuttavia noi possiamo escluderli colla diseredazione.

L' antico diritto romano accordava a questo riguardo una podestà assoluta ai padri: essi potevano diseredare i loro figli, senza dare alcuna ragione della loro volontà, che sola bastava per la diseredazione.

Questo diritto era stato mitigato dalla legge *Glicia* di cui noi ignoriamo l' epoca, che aveva accordato a' figli diseredati senza motivo, la querela di inofficiosità contro il testamento paterno; il pretore presumeva che il testatore che diseredava i suoi figli senza un motivo non avesse l' uso della ragione necessario per testare, e su questo pretesto cassava il suo testamento, *quasi furor sit proprio sanguini succensere*.

Il nostro diritto non ha lasciato ai parenti questa libertà di diseredare i loro figli; esso la accorda loro soltanto per quattordici cause gravissime che son espresse dalla Novella 115, cap. 8; cioè 1.° se un figlio abbia battuto i suoi genitori, *si parentibus suis impias manus intulerit*; 2.° a maggior ragione se abbia attentato alla vita loro col veleno o altrimenti, *si vitae parentum per venenum aut alio modo insidiatus fuerit*; 3.° se gli abbia accusati di qualche delitto, *si in criminalibus causis accusaverit*.

La Novella ne eccettua il delitto di lesa maestà, imperciocchè è permesso a' figli di essere in questo caso accusatori del padre loro, dovendo loro essere più cara la patria del padre stesso, *major esse debet pietas erga patriam, quam erga parentes*.

4.° Se colle sue accuse gli abbia fatti condannare a delle gravi multe, *si per suam delationem gravia dispendia eos fecerit sustinere*; 5.° se abbia commesso verso di loro qualche ingiuria atroce, *si gravem et inhonestam eis injuriam fecerit*; 6.° se abbia avuto commercio carnale colla matrigna, *si novercae suae aut concubinae patris filius se immiscuerit*. Il nostro diritto francese non riconosce concubine. 7.° Se abbia impedito a suo padre e a sua madre di testare. 8.° se non abbia voluto costituirsi loro fidejussore per farli uscir di prigione essendo in istato di farlo. Giustiniano vuole che questo rifiuto sia causa di deseredazione soltanto riguardo a' maschi. Le femmine, nel no-

tro diritto, essendo egualmente capaci di essere mallevadrici, mi sembra che non vi sia a fare alcuna differenza.

9.° Se un padre o una madre essendo stati fatti prigioni dagli Algerini o altri, il figlio, avendone i mezzi, abbia ricusato di pagare il suo riscatto, *si liberi non festinaverint eum redimere*; 10.° se un padre (o una madre) essendo caduto in demenza, i suoi figli non abbiano avuto cura di lui nel tempo in cui egli trovavasi in questo stato, egli può per questo motivo, se ritorna in buon senso, diseredarli, *si furiosus fuerit, et ejus liberi curam competentem ei non praebuerint*; 11.° se un figlio si è associato a' malfattori; per esempio se fosse stato con de' ladri o de' vagabondi, *si cum maleficis hominibus sese sociaverit ut maleficia faceret*; 12.° s' egli è gladiatore o commediante, a meno che il padre non fosse della stessa professione, *si praeter voluntatem patris inter asenarios vel mimos sese sociaverit et in hac professione permanserit, nisi pater ejusdem professionis fuerit*; 13.° se una figlia che i suoi parenti hanno voluto maritare e dotare abbia preferito di menare una vita licenziosa, *si volenti suae filiae vel nepti maritum dare et dotem, illa non consenserit, sed luxuriosam vitam degere elegerit*. Che se i parenti hanno ritardato a maritarla sino a' 25 anni, Giustiniano vuole ch' essa non possa essere diseredata per aver fatto onta al suo onore, perchè è colpa de'suoi parenti di non averla maritata.

Secondo i nostri costumi io non credo che una figlia possa essere diseredata per essersi lasciata sedurre una o due volte, ma soltanto nel caso in cui essa si fosse pubblicamente prostituita e fatto il mestiere di meretrice, e che non debbasi distinguere se i parenti abbiano voluto maritarla o no.

14.° Era una causa di diseredazione se il figlio di un cattolico si faceva eretico. Siccome non vi è più in Francia che una sola religione, quest' ultima causa di diseredazione non può aver luogo.

Le nostre Ordinanze hanno aggiunta un' altra causa di diseredazione contro i figli che si maritano senza il consenso de' genitori. **Una figlia prima dell' età di 25 anni, un figlio prima di trenta, che si maritano senza il consenso de' loro genitori, sono soggetti alla pena della diseredazione.** Dopo questa età essi possono maritarsi anche a dispetto de' loro genitori, purchè abbiano richiesto il loro assenso con atti rispettosi fatti in presenza di notajo, che lor ne dà atto; in mancanza di che sarebbero essi parimenti soggetti alla pena della diseredazione. Vedasi l' Ordinanza di Enrico II del 1556; quella di Blois art. 32; la dichiarazione del 1639.

È questione sulla quale sono divisi gli interpreti, se un padre o una madre possa diseredare i proprj figli per cause diverse da quelle indicate dalla Novella 115, cap. 3. Quando queste cause siano egualmente *gravi* di quelle che vi sono espresse: *puta* se un figlio non abbia attentato egli stesso alla vita de' proprj genitori, ma sapendo che un altro vi attentava, non l' abbia loro scoperto, e gli abbia posti con questo affettato silenzio in pericolo della loro vita, deesi decidere le stessa cosa: tale è il sentimento di varii buoni autori.

Sebbene la diseredazione si usi più comunemente contro i figli, essa può a molto maggior ragione praticarsi contro i collaterali, quando si sono resi indegni della successione del defunto, sia attentando alla sua vita, sia facendogli qualche atroce ingiuria. Questa diseredazione è necessaria per toglier loro privandolo della qualità di eredi la porzione de' beni proprj che gli Statuti assegnano all' erede, e che dicesi legittima consuetudinaria.

Da ciò che abbiamo detto, che la diseredazione non può farsi che per cause giuste, ne segue che, secondo il nostro diritto, i postumi non possono essere diseredati, poichè non essendo ancora nati non hanno potuto operar nulla che meritasse le diseredazione.

Questione II.

Come si debba fare la diseredazione.

Secondo il diritto romano la diseredazione non poteva farsi che col te-

stamento, secondo quella massima *haereditas codicillis neque dari, neque adimi potest.*

Il nostro diritto non avendo prescritto alcuna forma per la diseredazione, essa può farsi non solo col testamento, ma con un semplice atto avanti notajo, col quale il padre dichiara che per la tal ragione disereda un tale. Ricard ne riferisce delle decisioni, ed attesta che tale è la pratica, *part.* 3, *cap.* 8, *sez.* 4, *n.* 971. Egli vuole però che quest' atto sia un atto autentico : *ibid*, *n.* 942. Questa diseredazione dev'essere espressa, vale a dire che dee farsi in termini chiari e formali. Essa dee contenere la menzione della causa per la quale è fatta la diseredazione. V. la Nov. 113. cap. 3.

Colui che disereda alcuno de' suoi figli o altri parenti può apportare qualche modificazione alla diseredazione, lasciando all' erede una pensione alimentaria o qualche cosa della successione.

Questione III.

A chi spetti di provare la giustizia o l' ingiustizia della diseredazione.

Secondo la costituzione di Costantino che trovasi nella legge 28 *Cod. de inof. testam.* spettava al figlio diseredato a provare l' ingiustizia della diseredazione, per riuscire nella querela d' inofficiosità, *liberi quaerelam contra testamentum paternum moventes, probationem debent praestare quod obsequium debitum jugiter parentibus adhibuerint* : la Nov. di Giustiniano 115, cap. 3, PP., *in fine,* ha cangiata questa disposizione. Nello stesso tempo ch' essa ordina che le cause della diseredazione debbano essere espresse nell' atto di diseredazione, essa incarica anche l' erede di provare la verità almeno di una delle cause che sono state espresse. Questa disposizione della Novella è adottata da' nostri usi, come attesta Ricard, *loco citato.*

Questione IV.

Quali sieno gli effetti della diseredazione.

L' effetto della diseredazione è di privare il figlio o altro parente diseredato del diritto di succedere al defunto che l' ha diseredato ; ma la diseredazione non si estende sino a spogliare la persona diseredata degli altri diritti di famiglia.

Il diseredato essendo privato del diritto di succedere al defunto che l' ha diseredato, non può, se è il maggiore de' suoi figli, pretendere il diritto di primogenitura ne' beni della sua successione, imperciocchè questo diritto di primogenitura non può pretendersi che a titolo di erede, e la diseredazione lo priva di questo titolo : dunque egli non può pretendere di esercitar questo diritto ne' beni della successione del defunto.

Il figlio diseredato da suo padre può egli pretendere la porzione da lui assegnata (detta dai francesi *douaire*) su' beni del proprio padre? La ragione di dubitare si è che non si può pretendere a quest' assegno senza essere erede. La ragione di decidere che non lo può pretendere si è, che la diseredazione lo esclude generalmente dai beni di suo padre; essa lo esclude dalla successione, tanto come avente diritto all' assegno, quanto a titolo di erede. Il *douaire* è una specie di legittima che la legge municipale, o quella del contratto di matrimonio accorda ai figli su' beni del loro padre; ma un diseredato non dee avere alcuna legittima. La diseredazione della madre non priva il diseredato dell' assegno ; imperciocchè i beni su' quali il figlio prende il suo assegno sono del padre; la madre non ne ha che l' usufrutto a titolo di vedova : la madre, diseredando suo figlio, non può escluderlo che da' suoi beni.

La diseredazione non priva il diseredato de' beni che il defunto che lo ha diseredato era incaricato di restituirgli dopo la sua morte; imperciocchè esso non li riceve da colui dal quale è stato diseredato, e che è stato incaricato di restituirglieli, ma li riceve dall' autore della sostituzione. La restituzione di questi beni è un debito del defunto verso questo diseredato. La diseredazione priva bensì l' erede del diritto di succedere al defunto, ma non lo priva de' crediti ch' egli ha verso il defunto. La dise-

redazione non togliendo al diseredato che il diritto di succedere al defunto dal quale è stato diseredato, e non gli altri diritti di famiglia, ne segue ch' egli può succedere agli altri suoi parenti, non esclusi quelli della linea di colui che lo ha diseredato.

Il figlio diseredato può succedere a' suoi fratelli e sorelle, sebbene rinvenga (nella loro successione i beni de' suoi genitori da' quali è stato diseredato; la diseredazione non lo priva che del diritto di succedere direttamente a' suoi genitori che l' hanno diseredato, e non impedisce ch' egli possa profittarne indirettamente, e per parte di altre persone di cui esso diviene in seguito erede.

La diseredazione non facendo perdere i diritti di famiglia sembra derivarne che se un figlio primogenito viene diseredato, non perda perciò i diritti di essere il capo della sua famiglia, e di avere in questa qualità presso di sè il deposito de' titoli di famiglia e de' ritratti de' suoi antenati, eccetto che l' ignominia dello stato ch' egli abbia abbracciato, non lo facesse giudicare indegno di quest' onore.

I diritti di sepoltura sono diritti di famiglia che la diseredazione non fa perdere; *l.* 6, *ff. de relig.*: *Vide l.* 5, *ff. eod.*

Questione V.

Se l' effetto della diseredazione si estenda a' figli del diseredato.

La diseredazione non dee estendersi ai figli del diseredato: la ragione emana da quel principio di diritto; *Nullum patris delictum innocenti filio poena est.* D' onde segue che la diseredazione, che è la pena della colpa commessa dall' erede, non dee estendersi ai figli di questo diseredato, i quali non essendo colpevoli del fallo del loro padre, non devono sopportarne la pena.

Alcuni autori ne eccettuano il caso in cui un figlio fosse stato diseredato per essersi ammogliato senza richiedere il consenso de' suoi genitori, e pretendono che in questo caso la diseredazione di questo figlio si estenda a figli nati da tale matrimonio, perchè sono nati dal matrimonio che ha dato causa alla diseredazione. Altri pensano che, anche in questo caso, la diseredazione non debba estendersi a' figli del diseredato; imperciocchè il matrimonio essendo valido, avendo i figli il diritto di parentela legittima col loro avo, e per conseguenza il diritto di succedere, non possono esserne privati per la colpa del loro padre.

Questione VI.

Quando la diseredazione si reputi rivocata.

Secondo il diritto romano, la diseredazione non poteva rivocarsi che con un testamento che rivocasse quello nel quale era contenuta. Ciò risultava da' principj del diritto romano, che un testamento non può essere rivocato che con un altro testamento, e che non si può disporre della sua eredità, darla o toglierla, che con un testamento: *Testamentum rumpitur per aliud testamentum aeque perfectum, haereditas nec dari, nec adimi potest nisi testamento.* Questi principj non sono ammessi fra noi; per questa ragione la diseredazione può essere rivocata dalla sola e nuda volontà di colui che l' ha fatta. Se quegli che l' ha fatta dichiara in seguito col suo testamento o con qualche altro atto, ch'egli perdona a suo figlio, questo atto equivale ad una rivocazione di diseredazione.

Non è neppur necessario che vi esista un atto per iscritto; basta che il diseredato possa provare che quegli che l' ha fatta ha dato de' segnali di riconciliazione; *puta* che l' abbia alloggiato presso di sè, che abbia permesso che gli rendesse delle visite frequenti. Si presume talmente che l'ingiuria sia perdonata, che non si presterebbe fede alla dichiarazione che facesse in seguito il padre col suo testamento, che ricevendo suo figlio presso di sè non ha inteso di rivocare la diseredazione. Se un figlio posteriormente alla diseredazione avesse reso qualche segnalato servigio a suo padre, per esempio, se gli avesse salvata

la vita con perdita della propria, la diseredazione dee presumersi rivocata, l' importanza del servigio reso è una riparazione che dee cancellare l' offesa che dà luogo alla diseredazione.

§ 2. *Dell' indegnità.*

Un figlio o altro parente può perdere il diritto di succedere a suo padre, sua madre o altro parente, per la sua indegnità.

Le stesse cause per le quali io avrei potuto esser diseredato da uno de' miei parenti, se esse fossero venute a sua notizia e che egli avesse avuto il tempo di far questa diseredazione, mi rendono indegno della sua successione se esse non sono venute a sua notizia, o se non ne ha avuto il tempo sufficiente.

Che se è scorso un tempo considerevole dall' epoca in cui ne ha avuta la cognizione senza che esso mi abbia diseredato, il suo silenzio dee equivalere ad una remissione dell' offesa che io ho commessa, la quale essendo estinta col perdono presunto del defunto, più non sussiste in me alcuna causa d' indegnità che possa escludermi dalla sua successione. *Lebrun*, lib. 3, cap. 9, n. 14.

La causa principale che rende uno indegno della successione del suo parente, è quando egli sia colpevole della sua morte; imperciocchè il suo delitto non dee procurargli l' utile di una successione. Questa decisione dee aver luogo sebbene l' omicida abbia ottenuto delle lettere di grazia ch' egli abbia fatte ratificare.

Essa ha parimente luogo, sebbene non sia stata fatta alcuna procedura contro di lui durante il tempo dei venti anni, col quale si prescrivono i delitti; imperciocchè tanto le lettere di grazia, quanto la prescrizione pongono bensì il delinquente al sicuro dalla pena pubblica; ma non levano il difetto d' indegnità, che, essendovisi incorso una volta, sussiste sempre.

L' omicidio non dee render indegno della successione dell' ucciso quello che l' ha commesso, senonchè quando sia stato commesso per sua colpa; che se è stato commesso per un caso fortuito o per necessità di una giusta difesa, non dee risultarne alcuna indegnità; imperciocchè l' indegnità è una pena, e non dee esservi pena ove non vi è colpa. Perciò se un fanciullo abbia ucciso qualche suo parente, ciò non dee renderlo indegno della sua successione: *Cum nulla sit infantis voluntas, cum infans culpae capax non sit.*

Lebrun pretende che l' indegnità dell' omicida discenda ne' suoi figli, e ne riferisce alcune decisioni: quest' opinione mi sembra soggiacere a difficolta, non dovendo i figli essere puniti per la colpa del loro padre.

Secondo il diritto romano era una causa d' indegnità se l' erede non avea vendicata la morte del defunto; ma io non credo ch' essa lo sia tra noi, giacchè l' incarico della vendetta del defunto è, secondo i nostri costumi, affidato al pubblico ministero piuttosto che agli eredi.

Era una causa d' indegnità, secondo il romano diritto, se l' erede avesse disposto della successione futura di un suo parente prima della sua morte; *l.* 2, § *fin. ff. de his qui ut indigni*; *l.* 29, § 2; *e l.* 30, *ff. de donat.* Io avrei difficoltà a credere che questa potesse essere una causa di diseredazione fra noi; basta che la convenzione sia nulla come contraria a' buoni costumi. Vi sono molte altre cause d' indegnità nel diritto romano che non sono ammesse da' nostri usi.

L' indegnità non ha luogo *ipso jure*; essa dev' esser pronunziata. Perciò secondo il diritto romano l' indegno s' immetteva in possesso della eredità, ma il fisco ne lo spogliava allorquando era stato dichiarato indegno. Fra noi il fisco non profitta dell' eredità dell' indegno, ma gli altri parenti in grado di succedere con lui.

§ 3. *Delle rinunzie alle successioni future.*

Le rinunzie alle successioni future sono contrarie al principio, che non si può rinunziare a un diritto che non si è ancora aperto: *Quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest*; *l.* 174, *ff. de R. J.* ed a quell' altro principio che disapprova le convenzioni riguardanti la suc-

cessione d' un uomo vivente. Tuttavia la nostra giurisprudenza ha ammesso queste rinunzie ne' contratti di matrimonio, che, secondo i nostri usi, sono suscettibili di qualunque specie di convenzione.

La ragione che ha fatto stabilire queste rinunzie è stata per conservare i beni della famiglia di colui alla successione del quale si fanno rinunziare le figlie a profitto de' maschi, e sostenere con questo mezzo lo splendore delle famiglie.

Questione Prima.

Chi sieno quelli che possono fare queste rinunzie, ed in favore di chi?

Ordinariamente le figlie rinunciano col loro contratto di matrimonio, mediante la dote che loro viene costituita, alla successione de' genitori che loro la costituiscono, a favore de' loro fratelli o del loro fratello maggiore solamente.

Qualche volta anche i fratelli secondogeniti rinunziano a profitto del loro fratello maggiore. La stessa ragione di sostenere il nome, conservando l' integrità de' beni ad un solo, si riscontra tanto in queste rinunzie quanto in quelle delle figlie.

Esse possono esser fatte tanto dai figli minori quanto da' maggiori, e non viene loro accordata la restituzione in intiero contro queste rinunzie.

È in opposizione al fine pel quale queste rinunzie sono state stabilite, che un figlio maschio rinunci a favore delle femmine, o anche una figlia a favore delle sue sorelle. Perciò Lebrun è di parere che queste rinunzie non debbano essere ammesse, o che, se esse lo sono, non debbano avere i privilegj accordati alle rinunzie fatte a profitto dei maschi; e che in conseguenza esse non possano esser fatte che dai maggiori, e col consenso di colui alla successione del quale si rinunzia, e ch' essa non escluda il rinunciante dalla sua legittima.

La rinunzia de' figli alla successione de' genitori in favore de' collaterali de' loro genitori medesimi deve molto meno essere ammessa, essendo contrario alla natura di preferire i collaterali a' suoi figli.

Questione II.

A favore di quali persone si presuma fatta la rinunzia, quando ciò non è espresso nell' atto.

Quando una figlia col suo contratto di matrimonio abbia dichiarato che rinunziava alla successione di suo padre, senza esprimere a favore di chi essa faceva questa rinunzia, si reputa che essa l' abbia fatta a favore di tutti i suoi fratelli germani, figli di colui alla successione del quale ha ella rinunziato.

Si riterrà parimente ch' essa abbia rinunziato a favore dei suoi fratelli consanguinei, che suo padre ha avuti da un precedente, o da un susseguente matrimonio? L' articolo 307 dello Statuto del Borbonese, dice che essa non si reputa fatta che in favore de' fratelli germani. Prescindendo da questi Statuti, siccome il motivo di queste rinunzie, che è quello di sostenere lo splendore del nome, si riscontra tanto riguardo a' fratelli germani, quanto a' fratelli consanguinei, bisogna presumere che la figlia abbia rinunziato a favore degli uni e degli altri.

Lebrun eccettua il caso in cui la figlia rinunziasse prima del secondo matrimonio di suo padre. Si può sostenere in questo caso che questa figlia non dovendo prevedere che suo padre si rimariterebbe, non ha rinunziato che in favore de' suoi fratelli del primo matrimonio, e non di quelli del secondo a' quali essa non ha pensato.

Quando una figlia rinunzia alla successione di sua madre, si presume che essa abbia rinunziato soltanto in favore de' suoi fratelli germani e non in favore de' fratelli uterini, che sua madre avesse avuti da un precedente o susseguente matrimonio, perchè tali fratelli, non portando il suo nome, ed essendo di una famiglia differente, cessa a loro riguardo il motivo di queste rinunzie.

Quando una figlia abbia rinunziato a favor di un tale suo fratello primogenito, non v' ha dubbio che questa rinunzia non può profittare ad un

altro per morte di questo; perchè la rinunzia è ristretta alla persona indicata col suo nome.

Quid, se ha rinunziato a favore di suo fratello primogenito senza nominarlo altrimenti? Lebrun è di parere, che anche in questo caso si debba riputare ch' essa abbia rinunziato soltanto a profitto di colui che era in quell' epoca il primogenito. Io inclinerei piuttosto pel sentimento di Tiraquello, il quale opina che debbasi in questo caso presumere ch' essa abbia rinunziato a favore di quello che si troverà il primogenito in tempo dell' apertura della successione. Questa interpretazione mi sembra più conforme ed ai termini della rinunzia, che non indicano alcuna determinata persona a cui profitto si faccia la rinunzia, ma in generale il primogenito; ed al motivo ordinario di queste rinuncie che non è fondato sopra affezioni personali, ma sull' affezione generale per lo splendore del nome che si vuol conservare, mantenendo con queste rinunzie l' integrità de' beni della famiglia nella persona del primogenito.

Questione III.

Quali successioni future riguardano queste rinunzie.

Queste rinunzie si fanno alla successione futura del padre o della madre che somministra la dote alla figlia che rinunzia all' una o all' altra successione. Quando il padre e la madre dotano congiuntamente, queste rinunzie si fanno per l' ordinario all' una ed all' altra successione. Si fanno qualche volta rinunziare le figlie alle successioni collaterali, che potrebbero provenir loro dal lato de' fratelli, sorelle, e nipoti degli ascendenti del padre o madre suddette.

Queste rinunzie riguardano in fatti non solo i beni che sarebbero toccati a' detti fratelli o sorelle del padre comune, ma generalmente tutti i beni in qualunque modo gli abbiano esse acquistati, o siano loro pervenuti.

La rinunzia che una figlia fa alle successioni de' suoi genitori, come pure alle successioni collaterali de' suoi fratelli e sorelle, comprende anche le successioni delle sue altre sorelle che avessero rinunziato, come essa, alla successione di suo padre e di sua madre.

Questione IV.

Con quale atto ed in qual modo si facciano queste rinunzie.

Queste rinunzie si fanno ordinariamente nel contratto di matrimonio della figlia, col quale le si dà o promette la dote, mediante la quale essa rinunzia.

Esse non si fanno anzi che nel contratto di matrimonio, quando la figlia che rinunzia è minore. Per riguardo alle maggiori, esse possono rinunziare con un atto diverso dal contratto di matrimonio; per esempio, delle sorelle maggiori di età possono intervenire al contratto di matrimonio del loro fratello maggiore, e rinunziare in suo favore a contemplazione del matrimonio, alle successioni de' loro genitori, mediante certe condizioni.

Queste rinunzie devono essere espresse, *est majoris momenti quam ut*, dice d' Argentrè, *actibus tacitis colligi ista renunciatio possit* Quindi se un padre maritando suo figlio e sua figlia con uno stesso contratto di matrimonio avesse data una somma in dote a sua figlia, e fatto donazione a suo figlio del rimanente de' suoi beni presenti e futuri, la sottoscrizione della figlia a questo duplice contratto, ed il consenso ch' essa sembra aver prestato a questa donazione, non passeranno per una rinunzia di successione futura di suo padre, e non l' escluderanno dal diritto di dichiararsene erede, e di domandare in questa qualità, contro il suo fratello donatario, la porzione legittima sulla sua successione.

La rinunzia dovendo essere espressa, è nata la quistione se una rinunzia sia valida quando, in luogo di dire che la figlia ha rinunziato alla successione futura ec., siasi detto ch' essa ha promesso di rinunziarvi. La ragione di dubitare è che promettere di fare una cosa non è farla; d' onde con-

chiudevasi che la promessa di rinunziarvi non era una rinunzia espressa. Tuttavia si è ragionevolmente giudicato che una tale promessa era una rinunzia valida. *Vedi la decisione di Louet, lettera N.*

La rinunzia che fa una figlia nel suo contratto di matrimonio alla successione futura de' suoi genitori non può farsi che mediante una dote che le sia costituita da' genitori medesimi.

Gli Statuti differiscono sul quantitativo di questa dote: ve ne sono di quelli in cui la più piccola dote basta; tali sono quelli di Turrena e di Angiò. Ve ne hanno di quelli che vogliono ch' essa uguagli almeno la legittima; tali sono gli Statuti di Montargis e di Bourges. Il nostro antico Statuto di Orleans ne conteneva pure una disposizione; tale è anche la giurisprudenza nel paese di diritto scritto.

Negli altri Statuti che non si spiegano in proposito non è necessario che la dote costituita eguagli la legittima. Tuttavia in tali Statuti, se vi fosse una sproporzione grandissima fra la dote e la legittima che potrebbe sperare la figlia, avuto riguardo alla sostanza che possedeva il padre in tempo del contratto di matrimonio, Lebrun è di parere che alla figlia minore potrebbe accordarsi la restituzione in intiero contro la sua rinunzia alla successione futura.

Questa dote dev' essere pagata in contanti o pagabile in un breve termine. Se un padre promettesse alla figlia una dote pagabile dopo la sua morte, la rinunzia fatta dalla figlia alla successione paterna in conseguenza di questa dote non sarebbe valida; imperciocchè queste rinunzie non sono donazioni, esse si fanno in contemplazione di un vantaggio presente che la figlia riceve per indennizzarsi della speranza della successione alla quale essa rinunzia: non essendovi alcun vantaggio presente quando la dote non è promessa che dopo la morte, tale rinunzia non può sussistere.

Che se parte della dote fosse pagata al momento o pagabile entro un breve termine, il termine accordato pel rimanente sino alla morte, non impedirebbe la validità della rinunzia; imperciocchè evvi un vantaggio presente per ciò che riguarda la somma pagata al momento, o pagabile fra breve termine.

Quando la dote non è costituita dal padre e dalla madre simultaneamente, ma soltanto dall' uno di essi, la figlia non può rinunziare che alla successione di quello fra i genitori che ha costituita la dote, e non a quella dell' altro conjuge che non l' ha costituita. *Nec obstat* che siasi ammessa la rinunzia della figlia anche alle successioni de' suoi fratelli e sorelle, sebbene essa non riceva alcuna dote da essi: imperciocchè la rinunzia a queste successioni collaterali non è che una estensione della rinunzia alle successioni de' genitori comuni, che si effettua per riguardo a' beni che compongono queste successioni collaterali, in vece che la successione dell' uno de' conjugi è assolutamente indipendente da quella dell' altro.

Rimane ad osservare che, quando le rinunzie si fanno col proprio contratto di matrimonio della figlia che rinunzia mediante la costituzione della dote, non è necessario che i suoi fratelli e sorelle, alle successioni de' quali si fa rinunziare come a quella dei suoi genitori, intervengano nel contratto, sebbene, fuori di questo caso, non si possa fare alcuna rinunzia nè alcuna convenzione riguardante la successione di una persona, senza ch' essa v' intervenga e vi acconsenta.

Questione V.

Quando si estinguano queste rinunzie alle successioni future.

Le rinunzie alle successioni future si estinguono in differenti maniere: 1.° coll' inadempimento della promessa della dote. Perciò se il padre o la madre, alla successione de' quali la figlia ha rinunziato in conseguenza della dote che le è stata promessa sieno morti prima di aver compiuto di pagarla, e dopo di essere stati costituiti in mora a farlo, la rinunzia alla loro successione diviene senza effetto, *deficiente causa propter quam facta est.* La minima parte della dote che rimanesse a pagare, e ch' essi fossero

in mora di pagare, farebbe mancare la condizione della rinunzia, e la renderebbe senza effetto.

Che se il padre che ha promessa la dote non è stato costituito in mora a pagarla con una interpellazione giudiziale, la sua morte, avvenuta prima del pagamento della dote, non estingue la rinunzia della figlia; la condizione della dote sotto la quale essa ha rinunziato non si reputa mancata, finchè ha dipeso da essa di riceverla, e si reputa che per volontà della figlia la dote non sia stata pagata, finchè non le sia stato fatto alcun rifiuto al pagamento.

A maggior ragione la rinunzia sussiste se il padre che ha promesso la dote sia morto prima dello spirare del termine nel quale era stato convenuto di pagarla: *Nec enim ibi intelligitur ulla mora fieri ubi nulla petitio est.*

Quando il padre e la madre hanno promessa una dote, sia simultaneamente, sia separatamente, ad una figlia che ha rinunziato per ciò alla successione dell' uno e dell' altra, la morte dell' uno in mora al pagamento estingue la rinunzia alla sua successione senza alterare la rinunzia alla successione del superstite, che pagherà in seguito la dote.

Se il padre e la madre hanno dotato congiuntamente o ciascuno separatamente, e che in conseguenza la figlia abbia rinunziato alla successione dell' uno e dell'altra, o anche alle successioni collaterali de' suoi fratelli e sorelle, l' inadempimento della promessa della dote per parte di uno dei due estingue per intiero le rinunzie alle successioni collaterali, quand'anche l' altro conjuge avesse dal canto suo pagata la dote da lui promessa. La ragione si è che il prezzo della rinunzia a queste successioni collaterali è tanto la dote dell' uno quanto quella dell' altro. Basta dunque che vi sia stato inadempimento per parte di uno di essi, perchè la condizione sotto la quale la figlia ha rinunziato a queste successioni collaterali non sia stata adempita, e perchè questa rinunzia sia senza effetto.

Avverrebbe altrimenti se il padre e la madre dotandola, avessero stipulato ciascuno separatamente la sua rinunzia alla loro successione e alle successioni collaterali: in questo caso l'inadempimento della promessa della dote per parte dell' uno de'conjugi, non farebbe cadere la rinunzia della figlia alle successioni collaterali de'suoi fratelli e sorelle; perchè avendo ciascuno de' conjugi stipulato in concorso di essa questa rinunzia separatamente, essa vi ha rinunziato per lo prezzo della sola dote di ciascuno de' conjugi; l' una e l' altra dote è il prezzo di questa rinunzia, e non l' una e l'altra cumulativamente; e per conseguenza basta che essa abbia ricevuto l'una delle due perchè la sua rinunzia sia valida, sebbene la promessa dell'altro non abbia avuto la sua esecuzione.

2.° La seconda maniera colla quale si estingue la rinunzia alle successioni future è se la persona alla successione della quale la figlia ha rinunziato muore nel tempo intermedio fra il contratto e la celebrazione del matrimonio; imperciocchè, siccome il matrimonio è quello che conferma tutte le convenzioni contenute nel contratto, siccome non v' è ancora, propriamente parlando, alcuna dote prima del matrimonio, *dos sine matrimonio intelligi non potest*; ne segue che in tempo della morte di questa persona che ha dato luogo alla sua successione, la rinunzia che la figlia avesse fatta alla successione non avendo ancora ricevuta la sua perfezione, non ha potuto escluderla da questa successione, e che in conseguenza la figlia è stata posta in possesso della successione, e che la rinunzia ch'essa ha fatta è rimasta senza effetto. Questa decisione è conforme a quella di Molineo su l' art. 305 dello Statuto del Borbonese, *mors parentis post tractatum, sed ante celebratas nuptias, fecit deficere exclusionem consuetudinis.* . . . . Vedasi una decisione riportata nel Giornale del foro.

Essa ha luogo anche quando la dote fosse stata pagata anticipatamente in tempo del contratto, perchè sussistono le stesse ragioni. Essa non era ancor dote finchè il matrimonio non erasi verificato; tutte le convenzioni non avevano ancor ricevuto la loro perfezione; la figlia non si è dunque

trovata esclusa in tempo dell'apertura della successione, e per conseguenza è chiamata alla successione.

3.° La terza maniera colla quale si estingue la rinunzia alle successioni future è la morte di coloro a vantaggio de'quali la rinunzia è fatta, purchè essi premuojano senza lasciar figli; imperciocchè i loro figli li rappresentano in quel diritto che essi hanno acquistato mediante la rinunzia della loro sorella, essendo questo diritto una dipendenza di quello di succedere. Per esempio, se una figlia abbia rinunziato in favore de' suoi fratelli al diritto di succedere a' beni paterni, e tutti i suoi fratelli sieno morti prima del padre comune senza che alcuno di essi abbia lasciato figli, la rinunzia non avrà alcun effetto; al contrario essa sarà valida se un solo sia sopravvissuto, o se un solo abbia lasciato qualche figlio.

Parimenti se la rinunzia è stata fatta a favore di un tale suo fratello maggiore, e che questo fratello maggiore sia premorto senza figli, la rinunzia non sortirà alcun effetto.

4.° Per ultimo, la quarta maniera colla quale si estingue la rinunzia è il richiamo, quando colui, alla successione futura del quale un figlio ha rinunziato, lo chiama alla sua successione.

Questo richiamo toglie intieramente l' ostacolo della rinunzia, e fa ammettere il figlio richiamato alla successione nell' istesso modo come se non avesse egli mai rinunziato.

Questo richiamo è una disposizione di ultima volontà; d' onde segue, 1.° che è rivocabile sino alla morte; 2.° che si fa per la sola volontà del padre o della madre, che richiama alla sua successione il figlio che vi aveva rinunziato, senza che sia necessaria alcuna accettazione per parte di questo figlio, e nemmeno ch' egli ne abbia cognizione.

È egli necessario che intervenga il consenso de' fratelli a profitto de'quali è stata fatta la rinunzia? No; e ciò per la ragione che abbiamo detto essere il richiamo una disposizione di ultima volontà; imperciocchè è della natura delle disposizioni di ultima volontà, di esser l' opera della volontà di un solo. D' altronde, il padre, che col contratto di matrimonio di sua figlia l' ha fatta rinunziare alla sua successione, non avendo bisogno per istipulare questa rinunzia del consenso de' suoi figli a profitto de' quali essa è fatta, non deve nemmeno richiederlo per rivocare questa rinuncia mediante il richiamo: il diritto che nasce a profitto de' maschi dalla rinunzia della figlia, non si consolida che colla morte della persona alla successione della quale essa ha rinunziato. Per conseguenza, i maschi non avendo alcun diritto prima della morte, non è necessario il loro consenso: tale è la disposizione dello Statuto del Poitou, art. 22, la quale, per le ragioni disopra riportate, sembra dovere esser osservata in quelle cose che non portano alcuna disposizione in contrario.

Quest' atto di richiamo non è nè un legato nè una donazione, ma una semplice rivocazione della rinunzia: in guisa che il richiamato succede veramente a titolo di erede, *remoto renunciationis impedimento*. Perciò questo richiamo può farsi non solo col testamento, ma con qualunque siasi atto scritto.

Quando un padre maritando sua figlia, l' ha fatta rinunziare tanto alla sua successione, quanto alle successioni collaterali de' suoi fratelli e sorelle, il richiamo fatto dal padre le restituisce il diritto di succedere non solo a suo padre, ma anche a' suoi fratelli e sorelle: imperciocchè questo richiamo, rivocando la rinunzia alla successione del padre, *sublato principali tollitur et accessorium.*

Quid, se la figlia abbia rinunziato alle successioni de'genitori e de' collaterali, e ch' essa sia stata richiamata soltanto dal padre e non dalla madre, questo richiamo le accorderà il diritto di succedere a' suoi fratelli e sorelle? Si potrebbe forse far qui la stessa distinzione che è stata fatta quando abbiamo trattato del primo modo col quale si estinguono le rinunzie; se il padre e la madre hanno stipulato, ciascuno separatamente, la rinunzia alle loro successioni ed alle successioni collaterali, la rinunzia alle successioni collaterali essendo in questo caso dipendente da quella del padre e della ma-

dre, basta che la rinunzia ad una delle dette successioni sussista per far sussistere quella delle successioni collaterali. Che se, al contrario, la rinunzia alle successioni collaterali è stata stipulata dal padre e dalla madre unitamente in seguito alla rinunzia della loro successione, questa rinunzia alle successioni collaterali, avendo in questo caso per fondamento non quella di ciascuna delle successioni paterna o materna, ma quella delle successioni dell' uno e dell' altro, sembra bastare che la rinunzia alla successione dell'uno dei due sia rivocata col richiamo, per importare la rivocazione di quella delle successioni collaterali.

§ 4. *Dell' esclusione a succedere delle figlie maritate stabilita da certi Statuti.*

Gli Statuti sono differenti su questo punto. A Parigi e ad Orleans le figlie maritate, per quanto sia considerevole la dote che esse abbiano ricevuta, non sono perciò escluse dalla successione; elleno sono soltanto obbligate di conferire la dote nella successione di colui che l' ha ad esse costituita.

Alcuni Statuti escludono le figlie maritate dotate dalle successioni dirette, e non dalle collaterali; altri le escludono anche dalle collaterali. Ve ne sono alcuni che le escludono, quand' anche non fosse stato loro costituito in dote che una CORONA DI ROSE. Lo Statuto di Normandia esclude le figlie maritate dalla successione del loro padre quand'anche non avessero ricevuto alcuna dote.

In alcuni Statuti bisogna che sia il padre che abbia maritata la figlia; in altri ciò non importa. In alcuni, come Tours, Angiò ed il Manese l' esclusione delle figlie maritate non ha luogo che a riguardo de' nobili. In altri, come quello del Borbonese, essa ha luogo indistintamente a riguardo di qualunque persona.

Queste esclusioni, non avendo luogo, come abbiamo detto, sotto gli Statuti di Parigi e di Orleans ai quali noi particolarmente ci riportiamo, tratteremo sommariamente questa materia, e ci contenteremo di osservare: 1.° che, affinchè quest' esclusione abbia luogo, bisogna che la figlia sia stata maritata prima dell' apertura della successione; non basterà ch' essa fosse stata promessa in isposa, e che fosse stato stipulato il contratto contenente le convenzioni matrimoniali; imperciocchè non è che il contratto di matrimonio che la esclude.

2.° Negli Statuti che richiedono ch' esse siano dotate, bisogna che la figlia si trovi di aver ricevuta la sua dote prima della aperta successione, quando non sia sotto quegli Statuti che dichiarano espressamente che basta ch' essa sia stata promessa.

3.° Questa rinunzia ha luogo a riguardo della figlia che l' ha fatta, e a riguardo di tutti i discendenti che venissero per rappresentazione di essa.

4.° Questa esclusione è a profitto de' maschi, fratelli delle dette figlie maritate; perciò l' esclusione cessa se non si trova al tempo dell' apertura della successione alcun maschio, nè rappresentazione di maschio che voglia accettarla.

5.° Questa esclusione non ha luogo se la figlia maritata siasi riservata col contratto di matrimonio la successione de' suoi genitori.

6.° Sebbene la figlia non siasi riservata la successione dei suoi genitori, essa può esservi richiamata, e questo richiamo le accorda nuovamente il diritto di succedere, questo richiamo ha questo di meno della riserva, che questa ultima è irrevocabile, laddove il richiamo è rivocabile.

Vi sono degli Statuti che non permettono questo richiamo che col consenso de' fratelli che vi hanno interesse.

SEZIONE III.

Delle cose alle quali si può succedere.

Si distinguono, riguardo alle cose alle quali si succede, i mobili dagl'immobili; imperciocchè vi sono certi eredi che succedono ai mobili, e non agl' immobili.

Si distinguono pure fra' beni immobili, gli acquisti dei proprj, e fra i proprj si distinguono quelli delle differenti linee.

Noi abbiam veduto nel *trattato della divisione de' beni* quali beni erano immobili; quali immobili erano acquisti e quali immobili erano proprj; ivi rimandiamo. Vedremo nel capitolo seguente quali persone succedono agli acquisti e quali succedono a' beni proprj.

CAPITOLO II.

Dell' ordine di succedere.

Le nostre leggi hanno osservato un ordine fra' parenti, affin di deferire loro la successione de' loro parenti.

Elleno deferiscono la successione di un defunto primieramente a' suoi figli e discendenti in preferenza di tutti i parenti della linea ascendentale e di tutti i collaterali.

In mancanza di figli esse chiamano i parenti della linea ascendentale, qualche volta in preferenza di tutti quelli della linea collaterale, qualche volta in concorso con certi collaterali, qualche volta esse preferiscono certi collaterali agli ascendenti.

SEZIONE PRIMA.

Della successione della linea discendentale del defunto.

Per legge della natura, dalla quale i nostri Statuti non si sono allontanati, i figli di un defunto sono chiamati alla successione in preferenza di tutti gli altri parenti.

Chiamando la legge alla successione d' un defunto i suoi discendenti, osserva fra essi la prossimità del grado, e vi chiama il figlio o la figlia d'un defunto prima de' figli o altri discendenti di questi figlio o figlia. Parimente in mancanza di figlio, il nipote vi è chiamato prima de' suoi figli che sono i secondi nipoti del defunto, ec. I figli di un figlio, o di una figlia del defunto sono a dir vero esclusi dalla successione dal padre, o dalla madre loro, quando questo padre o madre si trova in tempo della apertura della successione ad occupare il suo posto; ma quando il padre o la madre non lo occupa, questi figli non sono esclusi dagli altri figli o figlie del defunto, perchè la legge li fa entrare nel grado che aveva occupato il padre o la madre loro, il quale si trova vacante, e li ravvicina per tal guisa allo stesso grado degli altri figli o figlie del defunto; ciò chiamasi diritto di rappresentazione, di cui parleremo nel primo articolo della prima sezione.

Tutti i figli che sono nello stesso grado, sia per sè stessi, sia pel beneficio della rappresentazione, sono chiamati unitamente alla successione del defunto.

Bisogna eccettuarne un piccol numero di Statuti che deferiscono la successione intiera di un defunto al suo figlio primogenito coll' obbligo per parte sua di rilasciare una data quota di beni a' suoi fratelli minori; tale è, per esempio, quello di Ponthieu.

Sebbene negli altri Statuti tutti i figli siano chiamati alla successione del defunto, tuttavia la maggior parte accordano nella successione certi vantaggi al figlio maggiore. Noi ne parleremo nell' articolo secondo.

Articolo Primo.

Del diritto di rappresentazione in linea retta.

Il diritto di rappresentazione per causa di successione può definirsi, una finzione della legge colla quale i figli sono ravvicinati e collocati nel grado di parentela che occupava il loro padre o la loro madre, quando esso trovasi vacante, per succedere al defunto in loro luogo, unitamente agli altri figli del defunto.

Questo diritto di rappresentazione nella linea retta discendentale, è sempre stato in uso presso i Romani. Sembra ch' egli non avesse luogo altre volte nelle provincie settentrionali del regno, ed anzi ch' egli non abbia cominciato ad aver luogo ad Orleans che in tempo della redazione dello Statuto che fu fatta nel 1509, come risulta dall' art. 244 del nostro antico Statuto. *La rappresentazione avrà luogo in linea retta, sia ch' essa venga accordata o no dal padre e dalla madre.* I quali termini, *avrà luogo*, danno a divedere che essi stabiliscono un diritto nuovo, e che prima la rappresentazione non avea luogo se non quando era stata accordata dal padre e dalla madre. La rappresentazione non ha cominciato parimente ad aver luogo a Parigi che in tempo della redazione di questo Statuto nel 1510.

Finalmente la rappresentazione è stata universalmente ammessa, ad eccezione dei quattro Statuti di Ponthieu, Boulogne, Artois e Hainault, che la rigettano anche in linea retta.

Noi parleremo di questa specie di rappresentazione ne' tre primi paragrafi di quest' articolo, in cui vedremo 1.° quali sieno le persone che possono succedere in forza di questo diritto di rappresentazione; 2.° quali quelle che possono essere rappresentate; 3.° quale sia l' effetto di questa rappresentazione.

La seconda specie di rappresentazione, all' effetto soltanto di dividere, è il diritto col quale i nipoti nati da differenti stipiti, sebbene in egual grado fra essi, dividono la successione per istirpi, e non per persone, *in stirpes non in capita*. Noi ne parleremo nell' ultimo paragrafo.

§ 1. *Quali persone possono succedere per rappresentazione.*

La rappresentazione ha luogo in infinito nella linea retta discendentale. Perciò non solo i nipoti, *nepotes*, entrano nel grado e luogo del loro padre o madre, che si trova vacante per la loro morte, o altrimenti; ma se uno di questi nipoti fosse egli stesso premorto i figli di esso nipote, *pronepotes*, entrano parimente in questo grado, come vi sarebbe entrato il padre loro, e vi tengono il luogo ch' egli vi avrebbe tenuto; e se il pronepote fosse egli stesso premorto, ed avesse lasciato un figlio, questo figlio vi entrerebbe parimente, *et sic in infinitum*, finchè la rappresentazione *può estendersi*.

Altro non si richiede nella persona del figlio che succede per rappresentazione, se non che sia abile a succedere, e che non ne sia escluso per alcuna delle cause riferite nel capitolo precedente, sezione 2.

Del resto non è necessario che i figli che succedono per rappresentazione siano stati eredi del padre o madre loro che rappresentano; sebbene abbiano essi rinunziato alla loro successione, non lasciano perciò di poterli rappresentare nella successione del loro avo. La ragione si è che la rappresentazione non fa altro che collocare i rappresentanti nel grado della persona rappresentata, il quale si trova vacante: collocati in questo grado essi ricevono direttamente dal defunto la loro parte nella successione, essa non è loro trasmessa per mezzo della persona rappresentata, la quale, colla sua morte, non avendo essa stessa potuto essere erede, non ha potuto nulla trasmettere di questa successione. Non è dunque necessario ch' essi siano stati eredi della persona che rappresentano. Lo Statuto di Parigi, art. 308, e il nostro, art. 307, lo suppongono chiaramente.

§ 2. *Quale persona si possa rappresentare.*

La rappresentazione, secondo la definizione che ne abbiamo data, consiste nel porre i rappresentanti nel

grado e luogo della persona rappresentata, quando questo grado si trova vacante. Da ciò segue che si può rappresentare colui che non occupa più il suo grado, e che non si può rappresentare quello che lo occupa ancora; dal che è nata la massima che non si può rappresentare un uomo vivente, *repraesentatio nunquam est de persona vivente*. Molin. in *Not. supra Maine* 241; quindi se un padre lascia due figli, l' uno de' quali accetti la successione, e l' altro vi rinunci, i figli di quello che ha rinunciato non possono venire col loro zio a questa successione per rappresentazione del padre che vi ha rinunciato; essi non possono rappresentare un uomo vivente, che occupa il suo grado nella famiglia.

Osservate che intendesi quì per un uomo vivente colui che gode dello stato civile. Quelli che l' hanno perduto, sia per la professione monastica, sia per una pena capitale, essendo morti civilmente non sono riguardati come uomini viventi; la morte civile facendo perder loro tutto ciò che appartiene allo stato civile, e per conseguenza i diritti di famiglia, queste persone non vi occupano più il loro grado, il quale è vacante; e per conseguenza i figli di queste persone possono esservi collocati per rappresentazione. I figli possono dunque rappresentare il loro padre allorchè questi sia morto civilmente, come quando sia loro premorto.

I figli di un figlio diseredato possono essi rappresentarlo quando egli è vivente? La ragione di dubitare si è, che la diseredazione avendolo privato del suo diritto di succedere, sembra ch' egli non occupi più il suo grado, e che i suoi figli possano esservi collocati mediante la rappresentazione come in un grado vacante. La ragione di decidere si è, che i figli del diseredato non possono rappresentarlo allorchè ei vive: essa si desume dalla massima, che non si può rappresentare un uomo vivente; che questo diseredato, sebbene escluso dalla successione mediante la diseredazione, non è privato del suo stato civile; che egli occupa il suo grado nella famiglia del defunto, sebbene sia escluso dalla successione per una ragione particolare. La rappresentazione non può dunque collocare i suoi figli in questo grado, poichè questo è già occupato: d' altronde egli eluderebbe la pena della diseredazione se potesse raccogliere pe' suoi figli la sua parte nella successione dalla quale egli è escluso.

I figli del diseredato possono rappresentarlo almeno quando egli sia premorto? La ragione di dubitare si è, che la rappresentazione consiste a far succedere i rappresentanti in luogo della persona rappresentata, ed a far loro avere la stessa parte nella successione, che vi avrebbe avuta la persona rappresentata se fosse sopravvissuta, come lo vedremo in seguito. Ora il diseredato se fosse sopravvissuto non avrebbe avuta alcuna parte nella successione a motivo della sua diseredazione, i figli che pretendono di rappresentarlo non ne possono dunque pretendere alcuna, e per conseguenza inutilmente lo rappresenterebbero.

La ragione di decidere, al contrario, si è che la colpa che ha fatto meritare la diseredazione al diseredato, essendo personale a lui, la diseredazione, che ne è la pena, deve essergli pure personale, e non ricadere per conseguenza sui suoi figli, nè impedir loro di venire alla successione del loro avo mediante la rappresentazione del loro padre diseredato; non essendo la diseredazione stata diretta che contro la persona del diseredato per escluderlo personalmente dalla successione, questa diseredazione è annichilata colla sua morte. Cosa dunque può impedir loro di concorrere a questa successione? Per riguardo all' obbiezione che si fa che i rappresentanti non sono colla rappresentazione surrogati che a' diritti che avrebbe avuti la persona rappresentata se fosse sopravvissuta, la risposta è che i figli del diseredato sono surrogati alla parte che il diseredato, se fosse sopravvissuto, avrebbe dovuto avere senza la diseredazione, che non deve più essere considerata per le ragioni dinanzi spiegate.

Tutto ciò che abbiamo detto rapporto a' figli del diseredato riceve parimente applicazione riguardo ai figli dell' indegno: v' ha parità assoluta di

ragione. Perciò devesi parimente decidere che i figli dell' indegno non possono succedere per rappresentazione allorchè egli è vivente, ma che possono succedere quando egli sia premorto.

I figli della figlia maritata esclusa dalla successione, o dallo Statuto o in forza della sua rinunzia, possono essi rappresentarla? È certo che no, quando essa sia vivente in tempo dell' apertura delle successioni de' suoi genitori, alle quali ha essa rinunziato. Ciò è fondato sulla regola generale che non si può rappresentare un uomo vivente, e sul principio che tali rinunzie sarebbero illusorie se una figlia maritata potesse percepire per mezzo de' figli la porzione alla quale ha rinunziato.

Vi è maggiore difficoltà quando la figlia maritata sia premorta a suo padre o a sua madre, alla successione de' quali ha rinunziato. Molineo, sull' art. 123 dell' antico Statuto di Parigi, dice di aver opinato che i suoi figli potessero rappresentarla; che la rinunzia della madre non poteva loro essere opposta, perchè essa non aveva potuto rinunziare che per sè stessa e non pe' suoi figli i quali, allorchè vengono alla successione del loro avolo per rappresentazione della loro madre, non ricevono dalla loro madre la parte che essi vi hanno, *factum matris non ligat, quia mater non potuit renuntiare pro filiis sed pro se tantum*. Tuttavia è stato giudicato il contrario da due decisioni del 1564 e 1569 riportate da Louet; e Brodeau dice che quella del 1569 ha fissata la giurisprudenza. Lebrun attesta pure tale essere la giurisprudenza. La ragione si è che tali rinunzie delle figlie fatte nel loro contratto di matrimonio sono altrettante leggi di famiglia, il di cui effetto dee esser perpetuo nella famiglia, e non limitarsi alla figlia che ha rinunziato, ma estendersi a tutti i discendenti di essa. Del resto la dote ch' essa ha ricevuta, forma una eccezione perentoria contro i suoi figli o nipoti, i quali dopo la sua morte pretendessero rappresentarla nella successione dei loro avoli o bisavoli, poichè questa dote è stata data per tener luogo, tanto alla figlia quanto a' figli di lei, della parte ch' essi pretendono di percepire sulla detta successione, *duae causae lucrativae non possunt concurrere in eadem persona*.

Bisogna anche decidere che i figli della figlia maritata esclusa dalla successione dallo Statuto non possono rappresentarla sebbene premorta; vi sono alcuni di questi Statuti che si spiegano in proposito, come quelli di Tours, di Borgogna, di Alvergna ec., e bisogna decider lo stesso sotto gli Statuti che non ne hanno parlato; lo spirito di tutti questi Statuti essendo di conservare l' integrità de' beni ai maschi, e per conseguenza di escludere tanto la posterità delle figlie quanto le figlie medesime, quando fossero state provvedute col matrimonio.

§ 3. *Dell' effetto della rappresentazione.*

L' effetto della rappresentazione è di ravvicinare i figli d' un figlio o di una figlia premorti al grado che occupava il loro padre o la loro madre nella famiglia del defunto, e di farli così succedere in luogo dei detti padre e madre unitamente agli altri figli e figlie del defunto.

Se una successione sia deferita a un figlio ed a' figli di un altro figlio predefunto, e che il figlio rinunci, la rappresentazione, che colloca i figli di un figlio predefunto nel grado del loro padre, avrà essa l' effetto di accordare loro il diritto di escludere i figli dell' altro figlio che ha rinunciato alla successione? La ragione di dubitare è che la rappresentazione essendo stata introdotta per ammettere alla successione i figli che si trovano in un grado più lontano, unitamente a quelli che si trovano in un grado più prossimo, sembra che essa debba essere ristretta a quest' effetto; e che non si debba accordar loro il diritto di escludere gli altri figli che si trovano nello stesso grado. Tuttavia bisogna decidere che in questo caso i figli che succedono per rappresentazione del loro padre o madre premorti, avranno tutta la successione, ed escluderanno i figli dell' altro figlio che ha rinunciato. La ragione è che colla rappresentazione

la successione è stata deferita a' figli del figlio premorto, i quali essendosi trovati coeredi del figlio rinunciante la di lui porzione si accresce loro a motivo della rinunzia, secondo gli art. 310 di Parigi e 359 di Orleans, che dicono, *la porzione del figlio che rinunzia si accresce agli altri figli eredi.*

I figli d'un figlio premorto escludono essi i figli d' un altro figlio vivente il quale sia diseredato? Per la affermativa si dirà che i figli del figlio premorto, essendo collocati mediante la rappresentazione nel primo grado che occupava il loro padre, si trovano avere una poziorità di grado su i figli del diseredato che si trovano soltanto nel secondo, e che non possono essere ravvicinati al primo che si trova occupato dal loro padre diseredato che è vivente; perciò i figli del predefunto debbono escluderli. Per la negativa si dirà, al contrario, che la finzione della rappresentazione non dee aver luogo che pel caso pel quale ella è fatta; che essendo fatta per fare concorrere i figli di un grado più lontano unitamente a quelli che si trovano in un grado più prossimo, essa non dee aver luogo se non quando la successione trovandosi deferita ad un figlio del primo grado, sia necessario di ravvicinare i figli di un grado più lontano al grado del loro padre e madre predefunti, perchè possa questa essere loro similmente deferita; ma che quando non si trova alcun figlio in un grado più vicino di essi, al quale possa essere deferita la successione, come in questo caso, in cui la diseredazione del figlio impedisce che gli possa essere deferita, allora la successione, potendo esser deferita al grado nel quale essi si trovano senza il soccorso della rappresentazione, ad essa non dee esservi luogo: essi non devono essere collocati nel primo grado che occupava il loro padre o la loro madre predefunti, e per conseguenza non trovandosi che nel medesimo grado in cui si trovano i figli dell'altro figlio diseredato, essi non devono escluderli. Si replica per la prima opinione, negando il principio sul quale la seconda è fondata, cioè che non dee esservi luogo alla rappresentazione in favore dei figli di un figlio o di una figlia premorta, se non quando vi esista un figlio di primo grado al quale la successione sia deferita; e si sostiene al contrario che indistintamente tosto che uno dei vari figli muore naturalmente o civilmente, i figli di questo predefunto entrano nel grado ch'egli occupava, senza riguardare se in tempo dell'apertura della successione del loro avo, si troveranno o non si troveranno altri figli o figlie cui sia deferita la successione.

La rappresentazione facendo succedere i rappresentanti al luogo del loro padre o madre ch' essi rappresentano, ne segue ch' essi non possono aver tutti insieme che la stessa parte e porzione che avrebbe avuta il detto loro padre o madre se fosser sopravvissuti, e che non possono percepire di più. Quindi se un figlio premorto avesse percepito qualche cosa in anticipazione della successione, i suoi figli che lo rappresentano, sebbene abbiano rinunciato alla successione, saranno obbligati di porre in collazione ciò che il loro padre che essi rappresentano ha ricevuto, siccome vi sarebbe stato obbligato il loro padre stesso.

Non v'ha dubbio che la rappresentazione non può giammai accordare ai rappresentanti maggiori diritti di quelli che avrebbe avuto il rappresentato; ma accorda loro qualche volta di meno? Si fa a questo proposito la celebre quistione di sapere se la rappresentazione accordi alle figlie del primogenito predefunto l'anteparte di primogenitura che avrebbe avuto il loro padre ch' esse rappresentano. Gli Statuti sono divisi su questa quistione: ve ne hanno alcuni, come quelli di Rheims, di Laon ec., che la ricusano, e non ammettono in questo caso le figlie che vengono per rappresentazione del padre loro, che ad una porzione virile della successione. La ragione di questa decisione sembra plausibilissima: la rappresentazione può bensì far succedere le figlie del primogenito, nipoti del defunto, al grado che occupava il loro padre: ma essa non può comunicar loro il sesso del loro padre, nè per conseguenza far passar in loro il diritto di primogenitura del loro padre, insepara-

bile dal di lui sesso; nè farle succedere nell' anteparte di primogenitura che è un diritto annesso al diritto di primogenitura. Malgrado queste ragioni, gli Statuti di Parigi e d' Orleans, come pure altri, decidono che le figlie del primogenito rappresentano il loro padre al diritto di primogenitura. La ragione di decidere così si è che la rappresentazione sostituendo i rappresentanti alla porzione della persona che rappresentano, essi devono percepirla tal quale l' avrebbe percepita la stessa persona rappresentata; che i rappresentanti non succedono per sè stessi, ma in nome della persona che rappresentano. Non è già nella loro persona che si dee ricercare o il sesso, o le qualità necessarie per succedere al diritto di primogenitura, ma nella persona che rappresentano, che dee a questo riguardo essere su ciò rappresentata.

La figlia di un primogenito diseredato premorto, lo rappresenta essa nel diritto di primogenitura? sì; imperciocchè essa dee percepire la porzione tal quale l' avrebbe percepita suo padre se non fosse avvenuta la diseredazione, la quale è distrutta colla sua premorienza, come abbiamo già di sopra osservato.

Deesi seguire l' opinione abbracciata dallo Statuto di Parigi in favore della figlia del primogenito sotto gli Statuti che non si sono spiegati in proposito? Vi ha luogo a sostenere l' affermativa per quanto sembri plausibile la ragione dell' opinione contraria. Imperciocchè questa decisione a favore della figlia del primogenito non è stata inserita nel nuovo Statuto di Parigi se non perchè la giurisprudenza era così stata fissata da una decisione del 1550 riferita da tutti gli autori: d' onde segue che questa disposizione dello Statuto di Parigi non deve passare per una semplice disposizione locale, ma per un punto di giurisprudenza, che deve perciò aver luogo sotto gli Statuti che non decidono il contrario.

§ 4. *Della rappresentazione riguardo semplicemente alle divisioni.*

Vi è una specie di rappresentazione che non ha altro effetto che di fare dividere la successione per istirpi e non per capi. Vi è luogo a questa specie di rappresentazione, quando più nipoti, nati da differenti figli o figlie tutti premorti, vengono insieme alla successione del loro avo: non può farsi luogo in questo caso alla rappresentazione ad effetto di succedere; tutti questi nipoti essendo in egual grado, non han bisogno del soccorso della rappresentazione per concorrere insieme alla successione del loro avo; ma vi si fa luogo all' effetto di dividere, poichè nella divisione, i nipoti nati da ciascuna delle differenti stirpi, rappresentano tutti insieme la stirpe dalla quale essi sono nati, e non prendono tutti insieme che la parte che avrebbe avuta la detta stirpe, se essa fosse succeduta.

Questa distinzione delle differenti specie di rappresentazione serve a decidere la quistione seguente:

Una persona lascia, morendo, due figli che rinunziano l' uno e l' altro alla sua successione; essendo stata di poi riconosciuta opulenta questa successione per un ritorno di vascelli che si credevano perduti, quattro nipoti del defunto si presentano per raccoglierla: tre di essi sono figli d' uno dei figli che ha rinunziato, e il quarto è il figlio unico dell' altro che ha parimenti rinunciato: divideranno essi la successione per istirpi, di maniera che il nipote figlio unico d' uno de' figli abbia solo la metà, e i tre altri abbiano tutti insieme l' altra metà? Se non vi fosse altra rappresentazione che quella ad effetto di succedere, non si potrebbe dire ch' essi succedono per diritto di rappresentazione; perciocchè la rappresentazione ad effetto di succedere, consiste nel far entrare i nipoti nel grado che occupava il loro padre, ciò che non si può in questo caso; perchè essendo viventi i padri di questi nipoti ed occupando il lor grado, questo è il caso della massima che non si può rapppresentare un uomo vivente. Che se questi nipoti non succedono per diritto di rappresentazione delle stirpi dalle quali sono usciti, seguirebbe che essi dovrebbero dividere la successione *in capita*, per capi.

Da un altro lato, è inudito che una successione si divida in altra guisa che

per stirpi quando de' nipoti di differenti stirpi succedono.

La conciliazione di tutto ciò è che, per verità, in questo caso non si fa più luogo alla rappresentazione ad effetto di succedere; ma si fa luogo ad un'altra specie di rappresentazione ch' è ad effetto di dividere. La massima che non si rappresenta un uomo vivente ha luogo nel primo caso di rappresentazione; poichè non si può succedere ed entrare nel grado di un uomo vivente che lo occupa, ma niente impedisce che nella rappresentazione che ha luogo soltanto ad effetto di dividere si rappresenti un uomo vivente, vale a dire, che dei nipoti di differenti figli, che hanno rinunziato, rappresentino il loro padre nella divisione; ad effetto che quelli che sono nati da ciascuno dei detti figli prendano tutti insieme la stessa parte che avrebbe presa il loro padre, se il loro padre fosse succeduto.

ARTICOLO II.

Del diritto di primogenitura.

La maggior parte degli Statuti accordano un diritto di primogenitura al primogenito de' figli che succedono al loro padre o madre, o ad altri ascendenti. Essi sono assai differenti fra loro sopra questo tale diritto. Noi ci atterremo agli Statuti di Parigi e di Orleans.

§ 1. *A chi gli Statuti di Parigi e di Orleans accordino il diritto di primogenitura.*

Gli Statuti di Parigi e di Orleans accordano un diritto di primogenitura al figlio primogenito, o a coloro che lo rappresentano nella successione de' beni nobili de' suoi genitori o altri ascendenti. Essi accordano questo diritto agl' ignobili come a' nobili.

Il figlio primogenito, cui questo diritto è accordato, è quegli che in tempo dell'apertura della successione, vale a dire, in tempo della morte di colui di cui deesi dividere la successione, si trovi il primogenito de' suoi figli maschi non importando che ve ne sieno stati degli altri nati prima di lui, che sono premorti o morti civilmente senza lasciare posterità che li rappresenti.

Il secondo figlio avrebbe egli il diritto di primogenitura se il primo si trovasse per verità vivente in tempo della successione aperta, ma fosse diseredato? Io penso che no. Vi è grande differenza tra la morte civile e la diseredazione. La morte civile facendo perdere al figlio primogenito il suo stato civile, si reputa ch' ei più non esista, egli è diviso dalla famiglia, non occupa più il suo luogo, e perciò quando non ha posterità che succeda nel suo grado vacante per la sua morte civile, il secondogenito che gli vien dietro può succedervi ed occuparla: egli diviene il primogenito, poichè non ve n' è alcun altro che lo preceda, essendo il morto civilmente contato per niente. Non è lo stesso della diseredazione; essa esclude bensì il primogenito diseredato dal diritto di succedere nei beni di suo padre; ma essa non lo divide dalla famiglia, egli vi occupa il suo luogo; e per conseguenza il secondogenito che gli vien dietro non può precederlo e dirsi il primogenito.

A maggior ragione si dee decidere che il secondo figlio non può pretendere al diritto di primogenitura allorchè il primogenito abbia rinunziato alla successione quantunque gratuitamente. Vi è in questo caso una ragione di più che nel precedente per escludere il secondo figlio dal diritto di primogenitura, ed è che esso è stato deferito al primogenito cui la successione è stata deferita; che avendo questo primogenito rinunziato la sua porzione nella eredità, della quale il diritto di primogenitura faceva parte, si è accresciuta a tutti gli altri figli eredi senza prerogativa di primogenitura, secondo che lo decidono gli art. 310 di Parigi e 359 di Orleans, i quali dicono che la parte del figlio che rinuncia, si accresce agli altri figli eredi senza prerogativa di primogenitura; tal è il sentimento di Molineo dal quale hanno deviato mal a proposito alcuni autori.

Il figlio ha il diritto di primogenitura sopra le sue sorelle quantunque esse siano sue primogenite. Allorquando non vi sono che delle figlie, non vi è diritto di primogenitura. Parigi, *art.* 19, Orleans, 89 *in fin.*

Vi sono alcuni Statuti contrarii che danno il diritto di primogenitura alla figlia primogenita, in mancanza di figli maschi: tale è quello di Tours.

Il figlio nato prima del matrimonio, e legittimato di poi, ha il diritto di primogenitura sopra i figli nati da questo matrimonio; ma lo ha egli sopra i figli nati da un matrimonio intermedio? Molineo decide con ragione che egli non lo ha, e che al contrario il primogenito del primo matrimonio, quantunque più giovane di lui, ha il diritto di primogenitura sopra di lui. La ragione ne è evidente: questo figlio nato prima del matrimonio è riputato, per il matrimonio che suo padre ha contratto con sua madre, figlio di questo matrimonio; non essendo questo che il secondo matrimonio di suo padre, egli è figlio del secondo matrimonio; egli non può dunque avere il diritto di primogenitura sopra quelli del primo; perchè ripugna che il figlio del secondo matrimonio sia il primogenito in faccia a quelli del primo. Egli è vero che è nato prima e che è in età più avanzata di loro; ma egli è nato nella famiglia di suo padre dal giorno del matrimonio colla sua madre, e non si dee contare la sua età che dopo questo tempo, e contandola così, vale a dire fissando a questo tempo la sua nascita, egli si trova il secondogenito.

Aggiungete a queste ragioni, che essendo stato il figlio del primo matrimonio in possesso del diritto di primogenitura durante il primo matrimonio, egli non può esserne spogliato col secondo. Lebrun però è di contrario parere.

Fra due gemelli, quegli che è uscito il primo dal seno di sua madre, è il primogenito, perchè nascere, vale uscire dal seno della madre; quegli che è uscito il primo, è dunque il primo nato, o, ciò che è la stessa cosa, il primogenito.

Bisogna riportarsi sopra ciò alla testimonianza de' parenti, sia espressa sia tacita. Essa è espressa, se essi hanno scritto sopra il loro giornale o altrove chi dei due sia nato il primo; è tacita quando uno dei due gemelli è sempre stato nella famiglia in possesso della qualità di primogenito: si può sopra questo fatto ricorrere alla testimonianza de' chirurghi, assistenti, ed altre simili persone.

Se fosse assolutamente incerto quale dei due sia il primogenito, da chi il diritto di primogenitura potrebbe egli essere preteso? Molineo decide che in questo caso la sorte ne dee decidere. Lebrun, seguendo Fabro, dice che i due gemelli devono insieme dividere il diritto di primogenitura, ciò che non si può sostenere, perchè si ammetterebbero due primogeniti in una famiglia, o si darebbero due capi a uno stesso corpo, ciò che ripugna. Io inclinerei a decidere che in questo caso il diritto di primogenitura non debba pretendersi da alcuno dei due, e che si facciano ostacolo reciprocamente. La mia ragione è che, essendo obbligato qualunque attore di provare il fatto che serve di fondamento alla sua domanda, secondo questa massima, *incumbit onus probandi ei qui dicit*, ciascuno di questi gemelli che pretendesse l' anteparte accordata dallo Statuto al primogenito, sarebbe obbligato di provare che egli è effettivamente il primogenito: non potendo provarlo, perchè noi supponiamo il fatto incerto, nasce che nè l' uno nè l'altro dee vincere nella domanda di quest' anteparte, ed averla. Questo sentimento è tanto più favorevole, quantochè tende a mettere l' eguaglianza tra i figli.

Se uno de' gemelli si fosse fatto cedere i diritti ereditarj dall' altro, potrebbe egli pretendere in questo caso l'anteparte di primogenitura? In questo caso le sue ragioni sono, che se non è certo quale dei due sia il primogenito, almeno è certo che uno dei due lo è, donde si conchiuderà che l' anteparte di primogenitura è dovuta ad uno di loro, e che riunendo nella sua persona, per la cessione che gli è stata fatta, i diritti dei due, l' anteparte accordata al primogenito non potrà essergli contestata. Forse si potrebbe rispondere che, quantunque sia certo che uno dei due è primogenito, non si deve dedurne la conseguenza che l'anteparte è dovuta a uno dei due: in fatti acciocchè l' anteparte di primogenitura sia dovuta a un figlio, non basta ch' egli sia il primogenito; bisogna di più che sia riconosciuto per tale, e che possa giustificare che sia riconosciuto per il

primogenito. Perciò essa non è dovuta ad alcuno de' due in questo caso, poichè nè l'uno nè l'altro può giustificare questo fatto. Non essendo essa dovuta nè all'uno nè all'altro, la cessione per la quale l' uno ha i diritti dell' altro, gli è inutile.

Lo Statuto accorda il diritto di primogenitura non solamente alla persona del primogenito, essa lo accorda egualmente a'figli del primogenito che lo rappresentano nella successione del loro avo; ciò che ha luogo quando anche egli non fosse rappresentato che dalle figlie, secondo che l' abbiamo visto nell' art. primo, § 3.

I figli che rappresentano il primogenito, prendono tutti insieme l' anteparte di primogenitura che avrebbe preso il loro padre, ma nella suddivisione che fanno insieme, il primogenito del ramo prende egli stesso, sopra i suoi fratelli e sorelle, un diritto di primogenitura. Esempio: vi era in una successione un' abitazione nobile, *maniero*, e per 40,000 lire di altri beni nobili; i figli del primogenito, che succedono per diritto di rappresentazione col loro zio e zia, prendono tutti insieme l' abitazione e la metà de' beni nobili che ammontano a 20,000 lire, e nella suddivisione, se essi sono in numero di tre nipoti, il primogenito fra essi prenderà la metà de' feudi caduti nella loro parte, vale a dire lire 10,000.

Che se non vi fossero che figlie che rappresentassero il figlio primogenito, non vi sarebbe tra esse diritto di primogenitura nella suddivisione; così lo decide lo Statuto di Parigi, articolo 324 e art. 305: *Se non vi sono che figlie, esse rappresentano tutte insieme il primogenito loro padre, senza diritto di primogenitura fra esse*; *e se vi sono maschi* (aggiunge lo Statuto di Orleans) *si dividerà la successione fra i figli del figlio primogenito, il diritto di prerogativa riservato al primogenito di detti figli.*

La ragione di questa anteparte accordata al primogenito in questa suddivisione, non è (come dice Lebrun) che questa suddivisione debba riguardarsi come una divisione che fanno i figli del primogenito della successione del loro padre, nella quale appartiene al primogenito di essi un' anteparte. Questa ragione è falsa: questa suddivisione è una divisione che fanno della successione del loro avo, e non di quella del loro padre a cui questi beni non hanno mai potuto appartenere. Se questa suddivisione fosse riguardata come una divisione, che fanno della successione del loro padre, essi non potrebbero avervi parte se non fossero stati eredi di lui. Ma egli è certo ch' essi possono parteciparvi, quantunque abbiano rinunziato alla successione paterna, come abbiam visto nell' art. prec., § 1; essi non possono dunque esser riputati aver diviso la successione del loro padre con questa suddivisione. Non bisogna cercare altra ragione di questa anteparte accordata al primogenito nella suddivisione se non la seguente, cioè che le suddivisioni delle successioni debbono regolarsi secondo la divisione principale, e che debbonsi osservare le stesse regole osservate nella divisione principale; donde segue che siccome la divisione principale dee farsi sotto la riserva di un'anteparte e diritto di primogenitura in favore del primogenito, così egualmente la suddivisione dee farsi sotto la riserva di un' anteparte e diritto di primogenitura in favore del primogenito di quelli tra i quali si fa la suddivisione.

Da questo principio nasce la decisione di varie quistioni: 1.° Si domanda se l' anteparte debba aver luogo nella suddivisione della parte devoluta a ciascuno de' rami cadetti, come ha luogo nella suddivisione di quella devoluta al ramo del primogenito. La ragione di dubitare è che lo Statuto non ha parlato che della suddivisione di quella devoluta al ramo del primogenito. La ragione di decidere che questa anteparte dee aver luogo nella suddivisione delle parti de' rami cadetti, si deduce dal nostro principio che milita egualmente a riguardo di queste suddivisioni, come a riguardo di quella della parte del primogenito, ed è ch' essa non ha avuto occasione di parlare che di quest' ultima. Apparisce da una sentenza del 1689, riportata dall' editore dello Statuto del 1711, che tale è la giurisprudenza del nostro foro.

2.° Si domanda se il primogenito de' rappresentanti che ha rinunziato alla successione di suo padre possa prendere quest' anteparte nella suddivisione. Lebrun, seguendo il suo falso principio, decide che non lo può. Bisogna, al contrario, decidere che lo può; perchè essendo questa suddivisione una divisione della successione dell' avo, e non di quella di suo padre, poco importa che abbia rinunziato alla successione paterna.

3.° Si domanda se quest' anteparte della suddivisione tra i nipoti che vengono alla successione del loro avo per rappresentazione del loro padre, si regoli avuto riguardo al numero de' suoi nipoti, che si è trovato in tempo della morte del padre, o avuto riguardo a quello che si è trovato in tempo della successione dell'avo. Lebrun, seguendo il suo falso principio, dice che si ha riguardo al tempo della morte del padre. Bisogna dire al contrario che si ha riguardo al tempo della morte dell' avo, poichè si tratta in questa suddivisione della divisione della successione dell' avo, e non di quella del padre.

4.° Si domanda se il primogenito che, nella successione di suo padre avvenuta prima della morte dell'avo, ha di già preso un *maniero*, ne possa prendere un altro in questa suddivisione. Bisogna dire che lo può, poichè è questa un' altra successione diversa da quella del padre.

§ 2. *Sopra quali beni gli Statuti di Parigi e di Orleans accordino un diritto di primogenitura.*

Gli Statuti di Parigi e di Orleans non accordano il diritto di primogenitura che sopra i beni nobili. Beni nobili sono i feudi e gli allodiali nobili.

Non basta che un fondo sia intrinsecamente un feudo per esser soggetto al diritto di primogenitura; bisogna che il defunto lo tenga in feudo. Perciò se io ho preso a censo o canone un fondo feudale, sopra il quale il concedente si è riservato l' obbligo di prestar omaggio, questo fondo, quantunque intrinsecamente feudale, non si dividerà nobilmente, e non sarà soggetto al diritto di primogenitura nella mia successione; poichè, quantunque questo fondo fosse intrinsecamente un feudo, io non lo teneva a titolo di feudo, ma lo teneva a censo dal padrone diretto, il quale se ne è ritenuto l' obbligo di prestar fede. Al contrario, questo diritto di censo si dividerà nobilmente, e sarà soggetto al diritto di primogenitura nella successione del padrone diretto a cui appartiene e in quella de' suoi successori: tale è la disposizione degli articoli 345, 346 e 347 del nostro Statuto.

Allodio nobile è quello al quale è annesso un diritto di giustizia feudale. Non vi è che il franco allodio nobile che si divida nobilmente; gli altri fondi allodiali, a cui non è annesso alcuno di questi diritti, si dividono senza diritto di primogenitura, siccome gli altri beni tenuti a livello.

Le rendite fondiali, quantunque da percepirsi sopra un feudo, se quegli a cui sono dovute, non le tiene col peso di prestar omaggio, tanto riguardo alle dette rendite, quanto riguardo al fondo sopra il quale esse sono da percipersi, non sono beni nobili, e si dividono senza diritto di primogenitura.

Bisogna dire la stessa cosa, a maggior ragione, delle rendite costituite, quantunque assegnate specialmente sopra un feudo, a meno ch' esse non siano infeudate.

Il credito di un feudo non è propriamente ed in sè stesso una cosa feudale: nondimeno quando esso dee convertirsi nel feudo stesso, si divide nella successione del creditore come una cosa feudale; poichè riguardo all' effetto ch' esso dee produrre, si considera che sia in qualche maniera il fondo stesso in cui dee convertirsi, secondo questa massima: *qui actionem habet, ipsam rem habere videtur.*

E perciò se, per esempio, il defunto avesse comprato un feudo che non gli fosse stato consegnato in sua vita, il suo figlio primogenito nella sua successione avrà la stessa porzione nel diritto di farsi consegnare il feudo, che avrebbe avuto nello stesso feudo, se fosse stato consegnato al defunto.

Per la stessa ragione, se il defunto

abbia lasciato nella sua successione un' azione di ricompra o di rescissione per rientrare nel fondo feudale che aveva venduto, il primogenito avrà in quest'azione il suo diritto di primogenitura, promuovendo co'suoi secondogeniti quest' azione, ed avrà la stessa parte in questo fondo, come se il defunto vi fosse rientrato in sua vita.

Quando il defunto abbia comprato un fondo che non gli è stato consegnato in sua vita, sebbene il primogenito avesse la sua parte vantaggiosa nell' azione che aveva il defunto per farselo consegnare, nondimeno egli non dee che la sua parte virile del prezzo. È vero che il venditore non è obbligato di consegnarglielo quando non paghi il totale del prezzo; ma il primogenito ne ha la ripetizione, la sua parte virile confusa, contro i suoi fratelli e sorelle che ne sono tenuti, ciascuno per la sua parte virile, come d' un debito della successione, imperciocchè il prezzo era dovuto dal defunto; e, come noi lo vedremo in seguito, non avendo il primogenito quanto ha di più de' suoi fratelli e sorelle, se non come un' anteparte, esso non dee, al pari de' secondogeniti, che la sua porzione virile dei debiti della successione.

Allorchè il primogenito esercita coi suoi fratelli un' azione di rescissione che aveva il defunto, Molineo, art. 18, glos. 1, v. 30, decide che il primogenito non sia tenuto, parimenti che per la sua porzione virile, alla restituzione del prezzo dovuto al compratore, poichè tale restituzione è un debito passivo della eredità del defunto, il quale si trova avere ricevuto questo prezzo *sine causa*, essendo rescisso il contratto nel quale l' aveva ricevuto. Quando il defunto abbia comprato un fondo che non gli sia stato consegnato in sua vita, e del quale doveva il prezzo, questo prezzo è un debito della successione, al quale i secondogeniti sono tenuti per la loro parte virile, quand' anche essi non volessero esercitare l' azione che aveva il defunto per farsi conseguare il fondo. Perchè siccome il venditore, creditore di questo prezzo, avrebbe potuto costringere il defunto a pagarlo, quand' anche il defunto avesse detto che non voleva più avere il fondo, così il primogenito de' figli, che avrà pagato il prezzo al venditore, essendo per ciò surrogato ne' diritti del venditore medesimo, potrà ripetere, contro i suoi secondogeniti, le loro porzioni virili di questo prezzo, quand' anche essi dicessero che non vogliono avere la loro porzione del fondo.

Dovrassi decidere la stessa cosa nel caso in cui il defunto abbia lasciata nella sua successione un' azione rescissoria contro la vendita che ha fatto di un feudo? Il primogenito può egli obbligare i secondogeniti a contribuire, per le loro parti virili, nella restituzione del prezzo, quand' anche questi secondogeniti dicessero ch' essi non vogliono esercitare quest' azione rescissoria? Le ragione di dubitare è, che in questo caso la restituzione del prezzo non è un debito assoluto, ma è dovuta solamente nel caso che si eserciti l' azione rescissoria; il defunto non sarebbe stato obbligato a questa restituzione nel caso che non avesse voluto esercitarla; i secondogeniti, come suoi eredi, non vi debbono dunque parimenti essere obbligati quando essi non vogliono esercitarla. Io penso nondimeno che bisogna decidere che, se quest' azione rescissoria sia vantaggiosa alla successione considerata in generale, il primogenito che vorrà esercitare quest' azione può obbligare i suoi secondogeniti ad esercitarla con lui, ed a contribuire per le loro parti virili alla restituzione del prezzo. Imperciocchè è massima generale, che tutte le volte che degli eredi hanno tra essi dei differenti interessi per esercitare o no dei diritti ed azioni della successione, considerata in generale, e quando è dell' interesse della successione, così considerata, che l' azione si eserciti, non dee dipendere da quelli che hanno un interesse particolare a non esercitarla, che essa non lo sia.

Allorquando il primogenito esercita co' suoi fratelli un' azione di ricompra che il defunto aveva lasciata nella sua successione, la restituzione del prezzo che il defunto ha ricevuto non può in questo caso passare per un debito della sua successione; il con-

tratto in virtù del quale il defunto ha ricevuto il prezzo non è annullato; la restituzione del prezzo non è, in questo caso, altra cosa che un peso dell'azione di ricompra che non può esercitarsi che sotto l'obbligo di questa restituzione del prezzo, e per conseguenza il primogenito deve concorrervi in proporzione della parte che egli ha in tale azione. Molineo così decide, *art.* 18. *l.* 1, *n.* 30.

Il credito di un feudo, *actio ad feudum consequendum*, è riguardato come una cosa feudale, quando esso termini con far avere il feudo. Avviene egli lo stesso quando per l'inadempimento dell'obbligazione del debitore, termini soltanto col risarcimento dei danni ed interessi? Io penso che bisogna distinguere due casi. Il primo è, se fin dal tempo della apertura della successione il debitore non era in istato di adempire la sua obbligazione, e di consegnare il fondo feudale; per esempio: se egli avea venduto al defunto un fondo che non gli apparteneva, e che non era in suo potere di consegnare; o se, dopo averlo venduto al defunto, l'avea venduto e consegnato ad un altro compratore in vita del defunto: in questi ed altri simili casi, io penso che il credito che aveva il defunto in tempo della sua morte, contro il venditore del fondo feudale, non debba passare per un bene feudale, nè dividersi come tale nella sua successione. La ragione è che, se il credito di un fondo feudale passa alle volte per un bene feudale, ciò non avviene perchè esso sia in se stesso qualche cosa di feudale, ma perchè per anticipazione si considera in questo credito non tanto ciò ch'è in se stesso, quanto la cosa nella quale esso si deve risolvere e terminare, ch'è un fondo feudale. Da qui nasce che il credito di un feudo non debbe considerarsi come un feudo se non in quanto che esso dee effettivamente terminare e risolversi nel feudo; e che quando non si risolve che nell'obbligazione dei danni ed interessi, per l'impossibilità in cui si è messo il debitore di adempire alla sua obbligazione di consegnare il feudo, il credito del feudo non può più considerarsi come qualche cosa di feudale, e non si dee dividere nella successione del creditore che come un bene ordinario.

Il secondo caso è se il debitore del fondo feudale si è messo per suo fatto o mancanza, dopo l'apertura della successione del creditore, fuori stato di adempire alla sua obbligazione. In questo caso io penso che il credito del fondo feudale debba considerarsi e dividersi nella successione del creditore come un bene nobile, e che il primogenito debba avere la stessa parte ne' danni ed interessi che avrebbe avuto nel fondo feudale, se questo fosse stato consegnato. *Esempio*: un padre ha acquistato in sua vita un fondo feudale: egli è morto prima che gli fosse stato consegnato, ed ha lasciato quattro figli; il venditore, dopo la morte del compratore, si mette per suo fatto fuori stato di adempire alla sua obbligazione: per esempio vende il fondo che aveva venduto al defunto ad un secondo acquirente, e glielo consegna; oppure, se era una casa quella che aveva venduto, la lascia bruciare per sua colpa: io dico che in questo caso il credito, quantunque non possa più risolversi che nell'obbligazione dei danni ed interessi, dee dividersi come si sarebbe diviso il fondo stesso che n'era l'oggetto; e che il primogenito dee avere non solamente un quarto, ma la metà dei detti danni ed interessi. La ragione si è, che il primogenito, in tempo dell'apertura della successione, fin dall'istante della morte del defunto, è stato impossessato per metà del diritto che avea il defunto di farsi consegnare il fondo che il venditore poteva ancora consegnare. Non dee dipendere dal fatto e dalla colpa del venditore di cambiare la condizione del primogenito, e di ristringere ad un quarto la parte di lui nell'azione *ex empto* che aveva il defunto, dopochè il primogenito ne è stato impossessato per metà; d'altronde i danni ed interessi dovuti dal venditore devono appartenere a ciascuno de' figli, in proporzione del torto che egli ha fatto a ciascuno. Ora, mettendosi per sua colpa fuori stato di consegnare il fondo, egli ha fatto torto al primogenito solo della metà del fondo che avrebbe avuta, ed a' due

altri figli insieme dell' altra metà che essi avrebbero avuta fra loro due: avendo dunque fatto altrettanto torto al primogenito quanto agli altri due insieme, il primogenito dee avere altrettanto dei danni ed interessi quanto i due altri secondogeniti insieme, vale a dire ch' egli deve avere la metà. Tuttociò non sembra soggetto a difficoltà.

§ 3. *In qual modo le cose sopra le quali il primogenito esercita il suo diritto di primogenitura, debbano appartenere alla successione.*

Non solamente le cose delle quali il defunto era di già proprietario in tempo dell' apertura della successione, sono soggette al diritto di primogenitura, ma vi sono parimente soggette quelle di cui non era ancora proprietario, ma che gli erano dovute, quando in conseguenza del diritto che il defunto aveva di esigere le dette cose che ha lasciate nella sua successione, esse sono in seguito pervenute a' suoi eredi. Imperciocchè, come l' abbiamo osservato al § precedente, questo diritto è, per anticipazione, riguardato come la cosa stessa nella quale si deve risolvere: noi non ne diremo niente di più, avendone parlato nei §§ precedenti. Non solamente le cose delle quali il defunto ha avuto il diritto di proprietà sono soggette al diritto di primogenitura, ma vi sono parimenti soggette quelle di cui non aveva che una proprietà imperfetta e risolubile; e quelle anche di cui il defunto non era del tutto proprietario, e delle quali aveva solamente il possesso civile, vi sono soggette fino a che siano reclamate dal vero proprietario.

Delle cose delle quali il defunto non aveva che una proprietà imperfetta.

Le cose delle quali il defunto non aveva che una proprietà imperfetta, rivocabile, soggetta a rescissione, non lasciano di appartenere alla sua successione, non perfettamente ma imperfettamente, e nello stesso modo che appartenevano al defunto; il primogenito dee per conseguenza prendervi il suo diritto di primogenitura, per averlo sotto le stesse condizioni sotto le quali la cosa apparteneva al defunto. Per esempio, se il defunto avesse acquistato un fondo feudale con un contratto contro il quale il venditore avesse il diritto di farsi restituire, e che egli muoja prima che il venditore abbia procurato di farsi restituire, il figlio primogenito prenderà temporaneamente la sua parte di primogenitura in questo fondo, che cesserà di avere quando il venditore si farà restituire contro la vendita ch' ei ne aveva fatta al defunto.

Di qui nasce la quistione per sapere qual parte avrà il primogenito nel prezzo che il venditore restituirà. Molineo decide assai bene ch' egli non avrà che la sua parte virile nel prezzo, vale a dire eguale a quella che avranno i suoi secondogeniti, e non una parte proporzionata a quella che aveva nel fondo restituito al venditore. La ragione si è che i figli non ricevono questo prezzo, come il prezzo di una cosa che loro appartiene, e che essi retrocedono al venditore, perchè mediante la rescissione, il contratto di vendita che n' era stato fatto al defunto è intieramente distrutto, e si reputa che il fondo non abbia mai appartenuto nè al defunto, nè ad essi; eglino non ricevono questa somma se non come una somma che si trova dovuta alla sua successione dal venditore che si trova averla ricevuta dal defunto *sine causa*, essendosi distrutto il contratto pel quale l' aveva ricevuta; per conseguenza il primogenito non può avervi altra parte che la sua porzione virile, come in tutti gli altri crediti della successione.

Se i figli, per non soffrire la rescissione del contratto, pagano il supplimento del giusto prezzo, Molineo decide che il primogenito non dovrebbe pagare che la sua porzione virile in questo supplimento, quantunque egli abbia solo la metà del fondo; perchè, come lo vedremo in seguito, avendo il primogenito ciò che ha di più de' suoi fratelli a titolo di anteparte, non dee che la sua porzione virile ne' debiti della successione. Ora, egli riguarda questo supplimento come un debito del defunto che non aveva pagato tutto

ciò che doveva del giusto prezzo del fondo. Questa decisione di Molineo è giusta.

Se fosse dell' interesse della successione il supplire questo giusto prezzo anzi che lo abbandonare il fondo, per esempio, se esso fosse divenuto più prezioso dopo il contratto il primogenito potrebbe costringere i suoi fratelli a supplire a questo giusto prezzo, ma se non è dell' interesse della successione il supplirlo anzichè lo abbandonare il fondo, il primogenito non può, pel suo interesse particolare, obbligare i secondogeniti a contribuire a tale supplimento.

Se il defunto avesse comprato un fondo feudale col patto di ricompra, e che il patto sia esercitato dopo la sua morte, Molineo, *art.* 18, *glos.* 1, *n.* 31, decide che il primogenito dee avere una porzione del prezzo proporzionata a quella che aveva nel fondo. La ragione si è che questo prezzo, che il venditore ch' esercita la ricompra dee restituire, non è una cosa che fosse dovuta al defunto, ma è il prezzo della retrocessione che i figli del compratore sono obbligati di fare al venditore che vuole esercitare la ricompra, in conseguenza del diritto che egli ha ritenuto sopra questo fondo. Ora, ciascuno deve avere nel prezzo di questa retrocessione una porzione proporzionata a quella del fondo che retrocede; il primogenito che ne retrocede la metà, deve dunque avere la metà del prezzo.

Bisogna decidere la stessa cosa allorquando il defunto abbia acquistato un fondo feudale soggetto ad un diritto di retratto feudale o di retratto di famiglia, e che alcuno dei detti diritti sia esercitato contro i figli. Il primogenito dee avere nel prezzo una porzione proporzionata a quella che aveva nel fondo.

Quando il defunto abbia lasciato nella sua successione una porzione indivisa di un feudo che aveva in comune, sia con sua moglie sia col suo coerede, sia con qualche altro comproprietario, non v' ha dubbio che finchè questa porzione indivisa rimane nella successione, il primogenito vi prende il suo diritto di primogenitura. La quistione verte in sapere se, essendo dipoi il feudo messo all' incanto fra i figli e il comproprietario, ed aggiudicato a questo comproprietario il primogenito debba avere nel prezzo della licitazione la stessa porzione che aveva nel fondo. La ragione di dubitare è che si dice, che le licitazioni come le divisioni hanno un effetto retroattivo, che in conseguenza il comproprietario, a cui il fondo è stato aggiudicato in forza della licitazione, è riputato esserne stato sempre il solo proprietario, coll' obbligo di uno sborso di danari che sarebbe regolato dalla licitazione, e che in conseguenza i figli sono riputati non essere succeduti al defunto che nel credito di questo sborso nel quale il primogenito non può pretendere diritto di primogenitura. Non ostante queste ragioni, io credo che faccia d' uopo decidere che il primogenito dee avere nel prezzo di questa licitazione, una parte proporzionata a quella che aveva nel fondo prima della licitazione. Quando si dice che la licitazione ha un effetto retroattivo, è perchè il coerede o il comproprietario, che si fa aggiudicare il fondo intiero, ha avuto, fin dal tempo che ha cominciato ad essere proprietario per indiviso, per la qualità del suo possesso indiviso, il diritto di divenire, in forza della licitazione, proprietario del totale; poichè la licitazione non è tanto riputata un nuovo titolo di acquisto quanto l' esecuzione del titolo originario, in forza di cui questi coeredi o comproprietarj sono insieme succeduti nel fondo, o l' hanno acquistato insieme sotto la condizione tacita e naturale di farne la licitazione fra loro. Donde nasce che il coerede o il comproprietario a cui il fondo è aggiudicato in forza della licitazione, è riputato averlo anche pel totale, in forza d' uno stesso titolo pel quale ha cominciato ad essere proprietario per indiviso: e perciò egli non deve alcun dritto di mutazione in conseguenza della licitazione, la quale non deve riguardarsi come un nuovo titolo d' acquisto; donde nasce che se la porzione indivisa gli fosse pervenuta per via di successione, ritenendosi che il soprappiù gli sia pervenuto per lo stesso titolo, sarebbe in lui un bene proprio. Ma allorchè il fondo è stato aggiudicato con licitazione al coerede

o al comproprietario che l'aveva per indiviso col defunto, rimane sempre vero che il defunto sia morto proprietario della sua porzione indivisa di questo fondo, e ch'essa si è trovata nella sua successione; che il suo primogenito ha avuto il diritto per conseguenza di prendervi il suo diritto di primogenitura; ch' è stato impossessato della sua porzione vantaggiosa che gli appartiene come primogenito: e che quindi in concorso de' suoi secondogeniti e del coerede o comproprietario del defunto, parti nella licitazione, egli deve avere sul prezzo della licitazione, una parte che corrisponda a quella che aveva nel fondo licitato.

Questo caso fa nascere un'altra quistione, che è di sapere se nella licitazione in cui il primogenito e i suoi fratelli si rendono unitamente aggiudicatarj, il primogenito possa pretendere avere la sua parte vantaggiosa in quella che loro perviene per la licitazione, offrendo di pagarne in proporzione il prezzo? La ragione di dubitare si deduce ancora dall' effetto retroattivo delle licitazioni, e divisioni, si dirà che il totale è riputato esser loro pervenuto dalla successione del loro padre, e che il primogenito debba esercitare il suo diritto di primogenitura sopra tutti i beni della successione. Nondimeno io penso che la porzione pervenuta per la licitazione ai figli che si sono resi aggiudicatarj unitamente, deve esser divisa fra essi egualmente, senza che il primogenito possa avervi maggiore pretensione degli altri. La ragione è che il diritto di licitare è annesso alla porzione indivisa che ciascuno de' figli ha nel fondo; che quegli che ha la minor porzione indivisa ha un diritto di licitazione eguale a quello che ha la porzione più grande; che avendo avuto i secondogeniti un diritto di licitazione eguale a quello del loro primogenito, ed essendosi resi unitamente con lui aggiudicatarj, essi devono dividere egualmente la parte che loro è pervenuta dalla licitazione. Riguardo a la obbiezione che si fa sull' effetto retroattivo delle divisioni, il quale fa che la metà che loro perviene per la licitazione si reputi esser loro pervenuta allo stesso titolo di successione col quale loro è pervenuta l' altra metà, la risposta è che nasce ordinariamente da questo principio che la parte ch' essi avranno ciascuno in quella che loro è pervenuto per la licitazione, sarà riputata esser loro pervenuta allo stesso titolo di quella che essi avevano di già, all' effetto ch' essi non paghino alcun diritto di mutazione, e ch' essa sia considerata come bene proprio; ma non ne segue che il primogenito prededuca un diritto di primogenitura tanto in questa porzione quanto nell' altra, imperciocchè soltanto l'altra era effettivamente della successione.

Delle cose delle quali il defunto non era in tutto proprietario, e non aveva che il solo possesso civile.

Quantunque un fondo non appartenesse al defunto che lo possedeva, il primogenito non tralascia di esercitare sopra di esso il suo diritto di primogenitura fino a che il proprietario non lo riclami; perchè si reputa che questo fondo appartenga alla successione del defunto che lo possedeva, essendo qualunque possessore riputato proprietario finchè non si mostri quegli che lo è realmente. D' altronde dando lo Statuto al primogenito la metà o i due terzi, secondo il numero dei figli, *de' fondi tenuti in feudo*, esso non richiede altra cosa, se non che il defunto li *tenesse* in feudo: basta dunque che li tenesse e li possedesse, perchè il primogenito possa esercitarvi il suo diritto di primogenitura.

Del resto, il primogenito ha la sua parte di primogenitura in questi fondi nello stesso modo che appartenevano al defunto, vale a dire fino a tanto che sieno reclamati da colui che ne è il vero proprietario. Il suo diritto cessa quando il vero proprietario se li fa rilasciare sulla sua domanda di rivendicazione.

Di qui nasce la quistione di sapere, se il primogenito che è stato obbligato co' suoi fratelli di rilasciar questo fondo, avrà la stessa parte nell' azione di garanzia contro colui che lo ha venduto al defunto, che egli avea nel fondo stesso? Bisogna dire di no; perchè quest' azione di garentia, quan-

tunque essa abbia per oggetto il fondo feudale, non dovendo terminarsi nel fondo, ma ne' danni ed interessi, non si può considerare che sia in qualche maniera il fondo stesso, nè per conseguenza che sia qualche cosa di feudale, dove il primogenito può pretendere un diritto di primogenitura.

Il diritto di primogenitura ch'esercita il primogenito sopra un fondo feudale che il defunto possedeva senza esserne proprietario, cessa non solamente quando questo fondo sia rivendicato da un terzo che ne è il vero proprietario, ma cessa pure se i figli, dopo la successione avvenuta, ne divengono essi stessi proprietarj *ex nova causa*, per esempio, se quegli che n'era realmente proprietario gliene abbia fatto un legato, o se essi sieno divenuti suoi eredi.

Quid, se il vero proprietario dichiarasse che ei consente che il suo fondo che è stato venduto al defunto, appartenga a' suoi figli, e che approvi la vendita che loro ne è stata fatta? Molineo fa una distinzione: se colui che ha venduto il fondo al defunto l'avea venduto, quantunque senza potere, in nome di questo vero proprietario, in questo caso conviene che, quantunque i figli non ne divengano proprietarj che mediante questa ratifica intervenuta dopo la morte del loro padre, nondimeno il primogenito dee conservar sempre il suo diritto di primogenitura in questo fondo; poichè questa ratifica del proprietario, in nome del quale il fondo è stato venduto, ha un effetto retroattivo al tempo del contratto, secondo la regola, *ratihabitio mandato comparatur*; in modo che si reputa che il defunto l'abbia veramente comprato da questo proprietario, ed abbia trasmesso nella sua successione, se non la proprietà del fondo, almeno il diritto risultante dal contratto di vendita che gli è stata fatta, il quale dovendosi terminare, come si è realmente terminato colla ratifica, alla proprietà di questo fondo, poteva anticipatamente farlo passare per fondo suo, secondo i principj spiegati qui sopra.

Che se la vendita non è stata fatta in nome di questo vero proprietario, Molineo crede che in questo caso il fondo debba appartenere a' figli per parti eguali, a meno che il primogenito non giustificasse che il proprietario che ha fatto questa dichiarazione abbia avuto un'altra intenzione. La ragione è che in questo caso i figli hanno questo fondo, non in virtù della vendita che è stata fatta al loro padre, ma *ex nova causa*; non potendo il consenso che presta in questo caso il proprietario passare per una ratifica che abbia un effetto retroattivo al contratto di vendita che non è stato fatto in suo nome.

Se dopo la morte, il proprietario il cui fondo era posseduto dal defunto, fosse divenuto l'erede di quello che lo ha venduto al defunto, non vi ha dubbio in questo caso che il primogenito conserverebbe il suo diritto di primogenitura su questo fondo; perchè non risulta da questo avvenimento un acquisto che i figli facciano di questo fondo, *ex nova causa*; ma ne risulta solamente un ostacolo contro la rivendicazione che il proprietario ne avrebbe potuto fare; ciascuno de' figli ne deve profittare per la parte della quale ciascuno di essi ne è in possesso; il primogenito per la sua che è maggiore, e i secondogeniti per la loro.

§ 4. *In che consista il diritto di primogenitura sopra i fondi che vi sono soggetti.*

Il diritto di primogenitura consiste: 1.° nel *manoir* (*maniero*, vale a dire in una casa da abitare, che il primogenito ha diritto di scegliere fra tutte quelle della successione; 2.° in una certa quantità di terra, determinata dagli Statuti, intorno alla detta casa; 3.° in una parte vantaggiosa nel soprappiù de' beni nobili, che i nostri Statuti di Parigi e di Orleans fissano a due terzi, quando non vi sono che due figli, e alla metà quando ve ne sia un numero maggiore.

Dell' abitazione (manoir).

I nostri Statuti intendono per *manoir* una casa da abitare. Quindi è che se si trova nella successio-

ne un granajo o un molino solamente, il primogenito non potrebbe prendere questo granajo nè questo molino per lo *manoir*; perchè non essendo fatti nè il granajo nè il molino per l'abitazione degli uomini, non possono passare per *manoir*.

Che se il molino contenesse una camera per l'abitazione del molinajo, esso potrebbe passare per *manoir*.

Il termine di *manoir* comprende tanto le case di città che quelle di campagna: il primogenito può scegliere tanto una casa di città quanto una di campagna quando ve ne siano nella successione. Lo Statuto dice che il primogenito ha l'abitazione *ainsi qu'il se comporte et poursuit*.

Con questi termini *ainsi qu' il se comporte*, esso intende che il primogenito la prenda nello stato in cui si trova. Se si trova in cattivo stato di riparazioni egli non può pretendere di esserne compensato, nè che i suoi secondogeniti sieno tenuti di contribuire a ripararla.

Con questo termine *poursuit* lo Statuto intende che il primogenito ha tutto ciò che fa parte della detta abitazione; tutto ciò che è nel numero delle sue appartenenze e dipendenze.

Nulladimeno se in ciò che racchiude vi fosse qualche piccolo terreno che non fosse feudale, esso non apparterrebbe al primogenito, il quale dovrebbe in questo caso tener conto ai suoi secondogeniti delle parti virili che appartengono a ciascuno di loro in questo terreno; perchè il primogenito non può esercitare il suo diritto di primogenitura che sopra i beni nobili.

Non può esservi difficoltà sopra ciò che compone un' abitazione di città e ne fa parte, se non fosse riguardo a certe cose delle quali si dubitasse sieno mobili o se facciano parte della casa. Vedete riguardo a ciò il *Trattato della Divisione delle Cose*.

Riguardo a ciò che compone un'abitazione di campagna, lo Statuto di Parigi, *art.* 13, dice: *il castello o abitazione principale, e bassa corte attenente e contigua destinata per essa, ancorchè la fossa del castello, o qualche via vi fosse fra mezzo.*

L'abitazione è dunque composta: 1.° del castello o casa del padrone, *praetorium*, degli uffici, delle cucine, scuderie e rimesse; 2.° della corte di questo castello contenuta nel circuito delle mura o fosse; 3.° delle fosse, perchè esse fanno parte del castello, di cui compongono la cinta.

Se vi è dell'acqua e del pesce nelle fosse, questo pesce appartiene al primogenito, formando parte delle fosse, e per conseguenza dell'abitazione. Vedete il *Trattato della Divisione delle Cose in Mobili ed Immobili*.

4.° Della bassa corte, che comprende gli edifizj destinati per la coltura delle terre, come sono i granaj, i torchi, le stalle, gli ovili, gli alloggi della servitù e della gente di lavoro.

Lo Statuto di Parigi ha assai bene osservato che la bassa corte non lasciava di essere considerata fare una sola abitazione col castello, quantunque vi fosse una strada pubblica tra l'una e l'altra.

Gli antichi Statuti di Parigi riputavano pure il giardino, per quanto grande fosse, far parte dell'abitazione, e l'accordavano al primogenito. Essi si esprimevano così, art. 8, *il figlio primogenito prende la principale abitazione col giardino, secondo il suo ricinto, tenuto in feudo; se non vi è giardino, prende un arpento.* Lo Statuto riformato ha ristretto il diritto del primogenito, riguardo al giardino, all' *arpento*, con questi termini dell' art. 13, *e in altre un arpento di terra del recinto o giardino.*

Questa restrizione dello Statuto di Parigi dev' essere osservata negli Statuti che non ne hanno parlato; ed essa è tanto più necessaria, in quanto che il lusso, che aumenta di giorno in giorno, spinge i particolari a farsi de' giardini e de' recinti di una estensione immensa, *jam pauca aratro jugera regiae moles relinquunt.*

Ciò non può far nascere questione nel nostro Statuto il quale suppone abbastanza chiaramente, *art.* 96, che il primogenito non può avere più di un arpento in giardino o recinto, quando dice: *se nelle successioni vi è un feudo consistente soltanto in una abitazione, con bassa corte e recinto di un arpento.*

Non v' ha dubbio che il forno o torchio, che non è destinato che per l' uso del padre di famiglia, e che si trova nel recinto che racchiude l' abitazione, faccia parte di questa, ed appartenga per intiero al primogenito. È lo stesso di un forno o di un torchio comune? Gli Statuti di Parigi, art. 14, e di Orleans, art. 95, distinguono assai bene il corpo del forno o del torchio, ed il diritto di comunanza: essi decidono che trovandosi il corpo del forno o del torchio nel ricinto dell' abitazione, ne fa parte, ed in conseguenza appartiene per intiero al primogenito; ma che egli non ha che la sua parte vantaggiosa dei due terzi o della metà, secondo il numero de' figli, nel diritto di comunanza; poichè questo diritto è un essere intellettuale, una cosa incorporale distinta dal corpo del forno o del molino dove questo diritto si esercita, e che non fa per conseguenza parte dell' abitazione.

I detti Statuti, ne' detti articoli, decidono la stessa cosa per lo molino, quantunque non comune, che si trovasse situato nel recinto che racchiude l' abitazione: essi decidono che il corpo del detto molino appartiene bensì per intiero al primogenito; ma che il profitto che si ritrae dal detto molino non gli appartiene per intiero e si divide, come il restante de' beni feudali, tra lui e i suoi fratelli e sorelle. La ragione è che il primogenito non può pretendere come dipendenza dell' abitazione, se non ciò ch' è destinato per l' uso del padre di famiglia. Ora, il molino non è destinato per l' uso del padre di famiglia, esso non serve solamente per macinare i suoi grani, ma ben anche è destinato a macinare pel pubblico, ed a produrre una rendita, come le altre parti integrali del feudo.

Non è lo stesso di una colombaja. Una colombaja è destinata per l'uso del padre di famiglia, e soltanto per accidente si affitta, quando, non essendo il padre di famiglia sul luogo, non ne può egli stesso godere. Perciò non vi è difficoltà che i secondogeniti non possano niente pretendervi.

Accordando i nostri Statuti parte ai secondogeniti nelle rendite del molino comune o non comune, ed in quelle del forno e del torchio comuni, ne segue che questi secondogeniti che partecipano al profitto, debbono sopportare una parte proporzionata dei pesi. I nostri Statuti, negli art. suenunciati, dicono, *e sono tenuti i secondogeniti a concorrere nelle spese di macina, servizio del detto molino, corpo del forno, torchio, e loro utensili.*

Che intendon gli Statuti con questi termini *concorrere nelle spese del corpo del forno e torchio*? Vuol dire ch' essi debbono concorrere nelle riparazioni che sarebbero da farsi al corpo del forno o torchio, poichè serve all' esercizio del diritto di comunanza del quale dividono i profitti? Il primogenito non potrebbe egli anche pretendere di più? Cioè, che i secondogeniti, i quali, avendo parte al profitto del diritto di comunanza, debbono contribuire a tutto ciò che serve al suo esercizio, gli dovessero pagare, per la parte che hanno in tale profitto, l' affitto del corpo del forno o torchio ch' ei solo fornisce per l' esercizio del diritto di comunanza, poichè questo corpo del forno o del torchio appartiene a lui solo? E in questo caso, ricevendo il fitto, le riparazioni dovrebbero incumbere a lui solo.

I secondogeniti, dal loro lato, possono pretendere che il primogenito dovendo solo contribuire per la metà agli utensili, poichè egli ha la metà del profitto, ed essi non trovandosi proprietarj che di una porzione virile negli utensili che si sono trovati nella successione, e che sono tra i mobili, debba ricomprare da loro ciò che manca nella porzione per la quale dee contribuire ai detti utensili, o loro pagarne il fitto.

Quantunque gli Statuti accordino ai secondogeniti la loro parte nelle rendite de' forni e torchi comuni, o del molino comune o non comune, essi nondimeno accordano al primogenito di ritenersi il totale, compensando i suoi secondogeniti, sia in fondi della successione, sia in denari.

Non si devono comprendere fra ciò che fa parte dell' abitazione i diritti

di giustizia ed i profitti feudali e censuali. È vero che l' esercizio di questi diritti ha luogo nel castello o abitazione principale; ma questi diritti sono essi stessi qualche cosa di differentissimo dal castello, poichè sono esseri incorporali ed intellettuali: questi diritti sono parti integrali del feudo, nelle quali il primogenito non ha diritto di avere che la sua parte vantaggiosa, come nel resto del feudo. Nondimeno è della prudenza del delegato alla divisione di non dividerli, e di assegnarli per intiero alla quota del primogenito, compensando in altri fondi i secondogeniti.

Riguardo al diritto di padronato, Duplessis pensa che debba appartenere per intiero al primogenito; non perchè faccia parte dell' abitazione, essendo annesso alla universalità della terra, ma perchè questo diritto è indivisibile, consistendo in onori che non sono stimabili a prezzo di danaro.

Gli Statuti oltre l' abitazione, accordano ancora al primogenito una certa qualità di terra intorno all' abitazione ch' essi chiamano volo del cappone, come chi dicesse quanta terra può percorrere un cappone volando. Questa quantità di terra è differentemente regolata dagli Statuti; quelli di Parigi e di Orleans la fissano a un arpento. Ecco come si spiega quello di Parigi: *Al figlio primogenito appartiene per anteparte il castello o abitazione. . . . ed in oltre gli appartiene un arpento di terra del recinto o giardino attenente alla detta abitazione, se tanta ve ne ha.*

Quando il giardino o recinto sia spazioso, il primogenito non può dunque prendervi che un arpento, e questo arpento dee prendersi nel terreno più vicino all' abitazione, secondo che risulta da questi termini, *attenente alla detta abitazione.*

Se il giardino o recinto presso l' abitazione contiene meno di un arpento, il primogenito dovrebbe contentarsene, e non potrebbe domandare supplemento; ciò risulta da questi termini, *se tanta ve ne ha.*

Ne risulta pure che se non vi fosse alcun giardino nè recinto annesso all' abitazione, il primogenito non avrebbe diritto al volo del cappone, e non potrebbe domandare un arpento di terra nelle vicinanze dell' abitazione; perchè lo Statuto accorda, non un arpento *indefinito*, ma un arpento del recinto o giardino, *se tanta ve ne ha*; dunque se non ve ne ha, niente dee avere.

Che se non vi fosse abitazione, lo Statuto di Parigi, art. 13, gli accorda un arpento di terra dove egli vorrà, in luogo dell' abitazione. *Se non vi è abitazione principale in un fondo. . . . ma solamente terre di lavoro, il figlio primogenito può avere un arpento in quel luogo che vorrà.*

È una questione se egli non possa prendere in questo caso che un arpento di terra nuda. Molineo all' artic. 11 dell' antico Statuto di Parigi, glos. 1, n. 1 suppone che egli può prendere questo arpento in vigne, in prati, come in terre di altra natura. Egli fa più difficoltà riguardo alle terre piantate di boschi di alto fusto; nondimeno egli decide che può prendere il suo arpento in questa natura, non sempre indistintamente, ma solamente nel caso che restasse nella successione tanto bosco di alto fusto, che i cadetti ne avessero almeno per essi tutti un arpento.

Riguardo ad una terra dove si fosse fatto uno stagno, o nella quale si fosse aperta una miniera o cava, o sopra la quale vi fosse un molino o qualche altro edifizio costrutto, egli conviene che il primogenito non può prendervi il suo arpento, a meno che non offrisse di trasferire, a sue spese, lo stagno o l' edifizio in un luogo egualmente comodo. Le sue ragioni sono che questi termini dello Statuto, *può aver un arpento di terra*, non significano un terreno fabbricato, o sopra il quale si sieno fatte delle opere, come le miniere o cave: *Debet intelligi de semplici spatio terrae.* Egli deduce ancora un argomento da questi altri termini dello Statuto *dove non vi sono che terre di lavoro*, per conchiuderne che lo Statuto ha inteso che questo arpento sarebbe *de terra arabili, non autem quando alia notabilis qualitas accederet excedens valorem et rationem simplicis terrae. Facit*, aggiunge egli, *quod in materia*

stricta appellatione simplicis, non venit simplex qualificata.

Quelli che hanno scritto dopo Molineo sopra lo Statuto di Parigi, Brodeau, Ricard, Lemaitre, hanno ancora ristretto il suo sentimento. Essi pretendono che il primogenito non può prendere il suo arpento in boschi, in prati, in vigne, che in mancanza di terra di lavoro. Le ragioni stesse di Molineo, ora da noi riportate, possono servire a stabilir questo sentimento, che sarebbe ancora molto più incontrastabile se fosse vero, come essi lo congetturano, che lo spirito dello Statuto, accordando al primogenito questo arpento, è stato di dargli un luogo per fabbricarsi una abitazione non trovandone nella successione.

Osservate che, non essendo accordato questo arpento di terra dallo Statuto che per mancanza di un' abitazione, se se ne trova una nella successione, qualunque sia e in qual cattivo stato ch' essa sia, deve contentarsene, e non sarebbe ammissibile a lasciarla per prendere altrove un arpento di terra. Ciò risulta da questi termini dello Statuto: *se non vi è abitazione principale.* Molineo decide così, art. 13, glos. 1, in principio.

Risulta dagli stessi termini, come osserva Molineo, *dicto loco*, che una capanna di pastore non può passare per abitazione.

Passiamo allo Statuto d' Orleans. Esso si spiega così riguardo al volo del cappone „ *prenderà un' abitazione. . . col volo del cappone stimato a un arpento di terra, intorno alla detta abitazione, se vi è tanta terra feudale presso la detta abitazione.*

Questo arpento di terra si prende nel giardino o recinto, se ve ne ha uno che dipenda dall' abitazione; se non ve ne ha, il primogenito non lascerà di prendere questo arpento, quando si trovi presso l' abitazione della terra bastante per fornire il detto arpento. Parimenti, se il giardino sia di minore estensione, per compire l'arpento potrà servirsi della terra feudale contigua.

Per fornire questo arpento, si dee, come l' osserva Delalande, tirare la catena fuori delle fosse o altro ricinto dell' abitazione; se l'abitazione non ha recinto, si tira la catena appiedi del muro della casa.

Il primogenito prende questo arpento, in qualunque natura si trovi la terra contigua all' abitazione, sia vigna, orto o bosco di alto fusto.

La terra non lascia di esser considerata contigua all' abitazione, quantunque vi sia una strada pubblica tra l' una e l' altra.

L' arpento di terra è accordato al primogenito dal nostro Statuto, come un accompagnamento ed un accessorio dell' abitazione. Perciò se non vi è abitazione, il primogenito non potrà niente pretendere pel volo del cappone; ciò risulta da questo termine, *col volo* ec. Questo è il sentimento di Delalande e dell' autore delle note del 1711. Il nostro Statuto non ha adottato la disposizione di quello di Parigi che dà un arpento di terra in mancanza di abitazione. Ci resta da osservare che questo arpento si regola secondo la misura che ha luogo nel territorio dove l' abitazione è situata.

Se il primogenito possa prendere per sua abitazione il credito di un' abitazione, o una rendita da prendersi sopra un' abitazione.

Il credito d' un fondo, quando esso deve finire coll' avere il fondo, essendo, secondo che l' abbiamo di già osservato, considerato preventivamente essere in qualche modo il fondo stesso al quale deve finire, ne segue che se alcuno abbia lasciato nella sua successione il credito di un' abitazione feudale, *puta*, se abbia comperato una casa tenuta in feudo, la quale non gli sia stata consegnata in sua vita, il suo figlio primogenito potrà prendere per sua abitazione questo credito, e farsi rilasciare dal venditore la casa che ha venduto al defunto.

Un' altra quistione è, se il primogenito possa prendere per sua abitazione una rendita feudale che si trova nella successione da riscuotersi sopra un' abitazione; per esempio una persona dà a censo una casa feudale, ritenendosi il diretto dominio ed il peso

dell' omaggio, e lascia questa rendita nella sua successione, il primogenito potrebbe egli prenderla per la sua abitazione? Il nostro Statuto, artic. 93, decide che lo può: la ragione è che essendo la signoria diretta della abitazione, sopra la quale la rendita è da prendersi, annessa a questa rendita, essa può in qualche guisa considerarsi come l' abitazione stessa sopra la quale essa è da prendersi, poichè quegli a cui appartiene questa rendita è il signore diretto di questa abitazione. Il nostro Statuto si contenta anche che rimanga un casolare o apparenza di abitazione, sopra la quale questa rendita sia da prendersi, acciocchè il primogenito possa prender questa rendita in luogo di un'abitazione. Secondo questo stesso principio, esso decide nell'articolo seguente, che se la rendita feudale è da prendersi tanto sopra una casa che sopra delle terre che ne dipendono, il primogenito potrà prendere in questo caso, in luogo ed invece dell'abitazione, una parte di questa rendita proporzionata all' abitazione e volo del cappone, per riguardo alle altre terre sopra le quali la rendita è da prendersi, salva la divisione co' suoi secondogeniti del soprappiù della detta rendita, come si dividono i beni feudali.

Queste disposizioni dei nostri Statuti di Orleans debbono esse osservarsi negli altri Statuti che non ne parlano? Io non lo credo. L' abitazione è accordata dagli Statuti al primogenito per abitarvi, e per conseguenza non hanno inteso parlare che di un' abitazione in natura, e non di una rendita da prendersi sopra una abitazione. La quistione può soffrire difficoltà, e M. R. è di avviso contrario al nostro.

Se il primogenito possa prendere una casa in ciascuna delle successioni del padre, della madre, dell' avolo ec.

Il nostro Statuto, art. 97, ha limitato il diritto del primogenito riguardante l' abitazione; esso dice *che egli non può domandare prerogativa di primogenitura, quanto all' abitazione, che una volta solamente, cioè nella successione del padre ò nella successione della madre.*

Lo Statuto di Lorris, *tit.* 1, *art.* 24, contiene la stessa disposizione parola per parola. Esso aggiunge: *tuttalvolta se le dette successioni pervengono al detto figlio, e non vi fosse che un'abitazione comune tra il padre e la madre, coacquisto della loro comunione, quando accaderà la successione del superstite il primogenito prenderà l' altra metà della detta abitazione, le quali non saranno riputate che per un' abitazione.*

Lo Statuto del Dunois, articolo 10, contiene la stessa disposizione ed eguale spiegazione. Dopo la sua spiegazione concepita negli stessi termini di quella del nostro Statuto, essa aggiunge *purchè tale abitazione sia intiera.*

Questa spiegazione deve ella essere osservata nel nostro Statuto, ed in conseguenza il primogenito che abbia preso in anteparte la metà di un coacquisto nella successione del predefunto tra i genitori, può egli prenderne l' altra metà che si trova nella successione del superstite? Io penso, come Delalande, che lo possa. Lo Statuto di Lorris non avendo altre volte fatto che una sola e medesima consuetudine, esse debbono interpretarsi l' una coll' altra. Questa interpretazione è ancora avvalorata da una simile interpretazione che si trova nello Statuto del Dunois, vicino al nostro, e che sembra averne tolte molte disposizioni. Questa interpretazione è d' altronde desunta dalla ragione stessa sopra la quale sembra fondata la disposizione del nostro Statuto, la quale è ch' essendo l' abitazione accordata al primogenito pel suo alloggio, e non avendo esso bisogno che di un solo alloggio, il nostro Statuto ha giudicato che non doveva avere che una sola abitazione nelle due successioni del padre e della madre, ch'esso ha perciò riunite sotto uno stesso punto di vista, e considerate come una stessa successione. Ora, il figlio primogenito che dopo aver preso la metà di una abitazione acquistata nella successione di suo padre, prende in seguito in quella di sua madre l' altra metà di questa stessa abitazione, si trova non avere che una sola abitazione per le

due successioni; perchè le due metà di una stessa casa non fanno che una sola abitazione; egli non ha dunque niente più di ciò che lo Statuto ha voluto accordargli, cioè un' abitazione per le due successioni.

Se si fosse trovata nella successione del predefunto una metà di abitazione che il primogenito avesse presa per sua anteparte, e che si trovasse nella successione dell' altro la metà di una altra abitazione, il primogenito potrebbe egli prendere ancor questa metà dell' altra abitazione? No. Siccome se in una medesima successione si trovassero due abitazioni, ciascuna delle quali appartenesse soltanto per metà alla successione, il primogenito non potrebbe pretendere avere l' una e l' altra, così in questo caso, essendo le due successioni paterna e materna considerate sotto un solo punto di vista è come una sola e stessa successione, egli non può pretendere l' una e l' altra; perchè due metà di una sola abitazione fanno una sola abitazione; ma la metà di differenti abitazioni non fanno una sola abitazione; esse sono due abitazioni che il primogenito avrebbe, per verità ciascuna per metà solamente; ma non può averne che una.

Il primogenito che ha preso una abitazione, nella successione di suo padre predefunto, può egli, conferendola, sceglierne un' altra nella successione di sua madre? Gli Statuti di Châteauneuf, art. 5, e di Auxerre, art. 55, glielo permettono espressamente, ed io penso che tale pure sia lo spirito del nostro, quantunque esso non ne parli. Il nostro Statuto, come tutti gli altri, accorda al primogenito la scelta di un' abitazione, riunendo le due successioni paterna e materna; esso accorda al primogenito la scelta tra le abitazioni dell' una e dell' altra successione: la sua scelta non può dunque consumarsi se non quando l' una e l'altra successione sia scaduta; perchè, per fare che una scelta sia consumata, bisogna che sia stata fatta fra tutte le cose fra le quali si può scegliere; *l.* 4, e *l.* 5, *ff. de opt. leg.* Ora il primogenito non può fare la sua scelta fra tutte le case delle due successioni, come gli è accordata, se non quando le due successioni sieno avvenute, egli non consuma dunque la sua scelta prendendo un' abitazione nella successione del predefunto genitore; questa scelta che fa non può riguardarsi che come una scelta provvisoria, e può prenderne un' altra nella successione del genitore superstite, conferendo quella che aveva preso da prima.

Allorchè il primogenito che ha preso un' abitazione nella successione del predefunto, la lascia per prenderne un' altra nella successione del superstite, dee non solamente conferire nella divisione quella che ha presa nella prima successione, ma altresì tenere conto dell' usufrutto di essa ai suoi secondogeniti per la parte che loro appartiene; perchè non essendo questa abitazione quella che deve avere in anteparte, per la ragione che ne ha scelto un' altra, essa non doveva appartenergli che pe' due terzi o per la metà, secondo il numero de' figli: avendo goduto del totale, dee tener conto ai suoi secondogeniti del godimento dell' altro terzo o dell' altra metà.

Tale quistione non lascia di soffrire difficoltà. Il sig. R. pensa al contrario ch' egli non sia obbligato a conferire i godimenti; che lo Statuto dicendo che il primogenito non può pretendere che un' abitazione nell' una o nell' altra successione, non ha voluto altra cosa, se non che non ne avesse due, perchè non ne ha bisogno di due per alloggiare; ma ch' esso non ha inteso impedire che ne avesse una nella successione del premorto, attendendo che ne prendesse un' altra in quella del superstite, poichè egli ha bisogno d' alloggio. Questa interpretazione mi sembra esser contraria al testo che porta in termini formali, *che egli non potrà avere prerogativa di primogenitura, quanto all' abitazione, una volta solamente nella successione del padre o in quella della madre.* Se egli l'ha nella successione del superstite, non può averla affatto in quella del premorto, poichè lo Statuto dice non averla che una volta, e solamente in una delle due successioni; egli non può dunque neppure conservarne i godimenti fino all' apertura dell' altra successione.

Vi sono altri casi in cui il primo-

genito che ha preso un'abitazione, ne può pretendere un' altra in luogo di quella che ha presa.

1.° Allorchè il primogenito abbia fatto la sua scelta essendo in età minore, e che sia stato leso in questa scelta, può farsi restituire in intiero; *l.* 7, § 7, ff. *de min.*

2.° Se ha sofferto evizione della abitazione che ha scelta, perchè non apparteneva alla successione; esso può pretenderne un' altra, se se ne trova nella successione. La ragione n' è evidente: lo Statuto gli accorda la scelta di un' abitazione della successione: la scelta erronea che fa di una abitazione che non è ereditaria, non è quella che lo Statuto gli accorda: non si può dunque dire ch' egli abbia consumata la sua scelta.

Se l' abitazione apparteneva alla successione, ma era soggetta a un diritto di riversione, o a qualche altra causa di evizione, che il primogenito allorchè ha fatto la sua scelta non aveva saputo ne potuto sapere, vi è luogo a pensare che può ancora in questo caso prenderne un' altra: perchè una scelta deve essere fatta con cognizione per esser consumata; una scelta erronea non è una scelta, *errantis enim nulla voluntas.* Il primogenito, facendo la sua scelta, non ha voluto scegliere questa abitazione se non in quanto credeva che appartenesse effettivamente alla successione, *alias non electurus.*

Se l' abitazione della quale egli ha sofferto evizione, senza restituzione dei frutti, era di una rendita più considerevole di quella dell'altra che ha presa in suo luogo, egli dee tenere conto a'suoi secondogeniti della loro parte sull' eccedente.

La disposizione del nostro Statuto che noi interpetriamo, è stabilita in favore de' fratelli e sorelle germane del primogenito che ha di già preso un' abitazione nella successione del loro comune padre, secondo che Molineo osserva nelle sue note: *Si illud accepit,* dice egli, *in successione communis patris, non debet rursus capere in successione communis matris, et contra; secus, si parens in cujus successione accepit, non esset communis.*

Secondo questo principio, un primogenito che non ha che de' fratelli consanguinei, che hanno con lui comune il padre, e de' fratelli uterini che hanno con lui comune la madre, può, dopo aver preso un' abitazione nella successione di suo padre, prenderne ancora un' altra nella successione di sua madre. I suoi fratelli uterini non possono opporgli ch' egli ne ha presa una nella successione di suo padre; perchè il primogenito non l' ha presa a loro spese, avendola presa in una successione nella quale essi non avevano alcun interesse.

Lo Statuto, con questo articolo, ha voluto che il primogenito non avesse il vantaggio di una doppia abitazione sopra i suoi fratelli; non essendo il vantaggio dell' abitazione che ha avuta nella successione di suo padre, un vantaggio, che abbia avuto sopra i suoi fratelli uterini che questa successione non riguardava, egli non avrà rispetto a loro che il vantaggio di una sola abitazione, prendendola ancora nella successione di sua madre, e per conseguenza niente più di ciò che lo Statuto gli accorda.

Se il primogenito, che ha di già preso un' abitazione nella successione di suo padre predefunto, viene in seguito alla successione di sua madre co' suoi fratelli e sorelle uterine, e con un fratello secondogenito germano, sopra il quale ha avuto di già il vantaggio di una abitazione nella successione paterna, egli non potrà prenderne una nella successione di sua madre; il suo fratello germano secondogenito, sopra il quale ha di già avuto il vantaggio di un'abitazione, lo esclude; i suoi fratelli e sorelle uterine ne profitteranno, ed avranno la loro parte di secondogeniti nella abitazione della successione della madre: *Nec est novum in jure ut quod quis ex persona sua non habet, ex persona alterius habeat.* Vedete degli esempj nelle Pandette, al tit. *de bonor. possess. cont. tab.*, n.° 11 e 25.

Quid, se questo secondogenito germano rinunziasse alla successione della madre, il primogenito potrebbe pretendervi un' abitazione? Sembra che in questo caso il primogenito non possa essere impedito dal prenderla; i

suoi fratelli uterini non hanno diritto d'impedirglielo; il suo fratello germano non può parimenti impedirgli di prendere un'abitazione in una successione alla quale egli ha rinunziato, non avendo alcun interesse di farlo, poichè egli ha rinunziato a questa successione. Malgrado queste ragioni, io penso che anche in questo caso il primogenito non potrà prendere l' abitazione nella successione di sua madre. Quantunque il fratello germano secondogenito abbia rinunciato, basta che la successione gli sia stata deferita, perchè la successione nell' abitazione non sia stata deferita per intiero al primogenito, ma solamente per la sua parte vantaggiosa, vale a dire, per la metà; l' altra metà è stata deferita a questo fratello secondogenito germano che ha rinunziato, e in favore degli uterini; per la rinunzia di questo secondogenito, la successione non è posta nello stesso stato di quello che sarebbe se non gli fosse stata deferita affatto; ma secondo che è deciso dagli art. 310 dello Statuto di Parigi, e 359 di quello di Orleans, essa si accresce a tutti gli altri figli, al primogenito come agli altri, senza alcuna prerogativa di primogenitura.

Il primogenito può egli prendere un' abitazione nella successione di sua madre, che fu l' ultima a morire, allorchè i suoi secondogeniti, co'quali viene a questa successione, hanno rinunziato a quella del padre premorto? Io penso che non lo può; perchè quantunque i suoi secondogeniti abbiano rinunciato alla successione paterna, non lascia d'esser vero che il primogenito ha di già sovra essi il vantaggio dell'abitazione nella successione del padre, alla quale essi non hanno forse rinunciato che a motivo di questo vantaggio; egli avrebbe dunque il doppio vantaggio sopra essi, se ne prendesse anco una nella successione della madre; ciò che lo Statuto non permette.

Ci resta da osservare che la disposizione del nostro Statuto, che permette al primogenito di prendere soltanto una sola abitazione per le successioni del padre o della madre, non deve estendersi a quella degli avoli, perciò il primogenito che ha di già avuta un' abitazione nella successione paterna, non lascierà di prenderne una in quella di suo avo che gli pervenisse dopo. La ragione è che la disposizione dello Statuto, non avendo parlato che delle successioni de' genitori, non dee oltrepassare questi limiti. Ciò è stato osservato da Molineo, all'art. 27 del nostro antico Statuto, *non debet fieri extensio ad successiones avi et aviae, quia iste sensus exorbitat a regula communi consuetudinum.*

Altri casi ne' quali il primogenito non può pretendere l' anteparte di una abitazione per intero.

La legge consuetudinaria che accorda al primogenito un' intera abitazione col volo del cappone, dee cedere alla legge naturale che accorda a ciascun figlio una legittima su i beni de' loro genitori. Perciò se, oltre l' abitazione e il volo del cappone, non si trovano altri beni in sufficiente quantità, i secondogeniti possono compensarsi di ciò che manca sopra l' abitazione del primogenito, il quale in questo caso non l' avrà per intero. Tale è la disposizione dell' art. 17 dello Statuto di Parigi, la quale, essendo fondata sopra la legge naturale, dee essere osservata da per tutto.

Osservate che lo Statuto di Parigi, con quest' articolo, permette al primogenito di conservare il totale, compensando i suoi secondogeniti in danaro.

Essendo fissata la legittima dallo Statuto di Parigi alla metà della porzione ereditaria di ciascun figlio, se non ve ne sono che due, la legittima del secondogenito sarà la sesta parte de' beni nobili, e la quarta parte degli altri; se vi ha un numero maggiore di figli, la legittima di tutti i secondogeniti insieme sarà la quarta parte de'beni nobili, e la metà della porzione virile degli altri beni.

Il nostro Statuto, art. 96, contiene ancora un caso, nel quale il primogenito non prende l' abitazione e il volo del cappone per intero, ma ha solamente la sua porzione vantaggiosa, vale a dire la metà o i due terzi, secondo il numero de' figli. Que-

sto è il caso in cui non si trovassero altri immobili nella successione.

Del resto, esso permette al primogenito di compensare in danaro i suoi secondogeniti per le loro porzioni.

Quest' articolo differisce dalla costumanza di Parigi e dal diritto comune; perchè esso priva il primogenito del vantaggio dell' abitazione, quand' anche vi fosse in mobili più di ciò che bisogna per la legittima de' secondogeniti; mentre il nostro Statuto, per privarnelo, si contenta che non vi sieno altri immobili.

Se vi fossero altri beni immobili, ma in sì poca quantità che non bastassero per la legittima de' secondogeniti, bisognerebbe osservare in questo caso la disposizione dello Statuto di Parigi.

Questa legittima si regola nel modo che abbiamo detto qui sopra.

Caso nel quale il primogenito può avere più anteparti nella successione di una stessa persona.

Quando nella successione di una stessa persona si trovano più abitazioni situate in differenti territorj di Statuti che accordano al primogenito un' abitazione, il primogenito può prendere per anteparte un' abitazione e il volo del cappone in ciascuno de' territorj di questi differenti Statuti. La ragione è che gli Statuti sono leggi indipendenti le une dalle altre; d' onde segue che ciascuno Statuto deferisce la successione de' beni situati nel suo territorio indipendentemente l' uno dall' altro, e che ciò che uno ha regolato pe' beni situati nel suo territorio, non può limitare nè modificare la successione de' beni situati in un altro sopra il quale esso non ha impero. Perciò se nella successione d' una stessa persona si trovano differenti terre situate nel baliaggio di Orleans, in quello di Blois, e in quello di Chartres, il figlio primogenito prenderà l' abitazione che gli accorda lo Statuto di Orleans ne' beni del suo territorio, quella che gli accorda quello di Blois nel suo, e quella che gli accorda quello di Chartres. Queste sono come altrettante differenti successioni di una stessa persona, indipendenti, come abbiam detto, le une dalle altre.

Della porzione vantaggiosa del primogenito nel soprappiù de' beni nobili.

Gli Statuti di Parigi e di Orleans accordano al primogenito, oltre l' abitazione ed il volo del cappone, una parte più vantaggiosa di quella di ciascuno de' suoi secondogeniti, nel soprappiù de' beni nobili.

Essi fissano questa parte ai due terzi, quando non vi sieno che due figli chiamati alla successione; ed alla metà, quando ve ne sieno in un numero maggiore.

Di qui nasce una questione, se si debba computare nel numero de' figli quello che rinunzia alla successione anche gratuitamente. Molineo al § 13, glos. 4, decide che esso non debba essere computato; e che quando di tre figli uno dei due secondogenti rinunzia, il primogenito debba avere i due terzi de' beni nobili della successione. Sembra che i termini dello Statuto di Parigi favoriscano questa decisione di Molineo, perchè esso dice, art. 15, *quando il padre e la madre lasciano solamente due figli che vengono alla loro successione, al figlio primogenito appartengono i due terzi ec.*; e nell' art. seguente, *se vi sono più figli eccedenti il numero di due che vengono alla loro successione, al figlio primogenito appartiene la metà.* Questi termini, *che vengono alla loro successione*, impiegati ne' due articoli, sembrano decidere che per regolare la parte del primogenito, riguardo al numero de' figli, non si debba avere riguardo che a quelli *che vengono alla successione*, e che quelli che vi rinunziano, non debbono esser computati.

Non ostante queste ragioni, io penso che quegli che rinunzia debba esser computato, e che l'opinione di Molineo sia stata rigettata in tempo della riforma dello Statuto di Parigi, coll'art. 310 che porta, *che la parte del figlio che si astiene, si accresce agli altri figli eredi, senza alcuna prerogativa di primogenitura della parte che si accresce.* Questi ultimi termini: *senza alcuna prerogativa ec.* sono stati ag-

giunti in tempo della riforma e condannano chiaramente l'opinione di Molineo. Questo autore pensava che la parte del secondogenito che rinunziava, si accresceva al primogenito ed all'altro secondogenito, non egualmente, ma in proporzione del diritto di ciascuno. Per esempio, vi sono tre figli, e l'uno de' secondogeniti rinunzia: la parte di questo che rinunzia sarebbe stata un quarto o tre duodecimi, secondo Molineo: il primogenito che ha ne' feudi una parte doppia di quella de' suoi secondogeniti, dee prendere in questa parte rinunziata una porzione doppia, che è di due dodicesimi, ed il secondogenito l'altro dodicesimo, questi due dodicesimi colla metà o i sei dodicesimi che aveva per sua parte il primogenito, fanno otto dodicesimi, che fanno appunto i due terzi: d'onde segue che il primogenito ha in questo caso la stessa parte ne' feudi che avrebbe se questo secondogenito che ha rinunziato non avesse esistito affatto, e di qui nasce che il secondogenito che ha rinunziato non è computato, quando si tratta di stabilire se il primogenito avrà i due terzi o la metà. Ma questa opinione di Molineo è manifestamente rigettata dall'art. 310 che dice, *che la parte di colui che rinunzia si accresce agli altri senza prerogativa di primogenitura*. Acciocchè questa parte si accresca così, bisogna dunque assegnare a quello che rinunzia la parte che avrebbe avuta se avesse accettato la successione; la quale parte è nel nostro caso il quarto; dovendo accrescersi questo quarto, secondo questo articolo, al primogenito e all'altro secondogenito, accettando egualmente e senza prerogativa di primogenitura, ne segue che accettando il secondogenito egli avrà un quarto ed un ottavo, o sia tre ottavi; e che il primogenito avrà solamente una metà ed un ottavo, o sia cinque ottavi e non i due terzi; quello che rinunzia deve dunque esser computato per istabilire la parte che dee avere il primogenito. Segue da ciò che i termini *che vengono alla successione*, impiegati dagli art. 15 e 16 non debbono intendersi *cum effectu*, e in un senso stretto, ma in un significato largo, e che debbono prendersi per *chiamati alla successione*.

Lebrun, non ostante queste ragioni, pensa che anche in questo caso oggi il secondogenito che rinunzia non debba esser computato, e che il primogenito che divide coll'altro secondogenito deve prendere i due terzi: ma questo sentimento non si può dedurre dall' art. 310, che decide chiaramente il contrario, senonchè dicendo che quest'articolo s'intende nel caso in cui il primogenito rinunzi, e che lo Statuto non ha voluto dire altra cosa, se non che con questa rinunzia la prerogativa di primogenitura non passava al secondo figlio, il quale non diveniva primogenito, mediante questa rinunzia. Ma questa interpretazione non conviene al testo, che è generale, e comprende per conseguenza il caso di un secondogenito che rinunzia, come pure quello del primogenito che rinunzia. Se lo Statuto non avesse inteso parlare che di quest'ultimo caso, esso avrebbe detto la parte del primogenito e non la parte del figlio. Questo articolo ha deciso due questioni, come osserva assai bene Laurière: l'una, che il diritto di primogenitura del primogenito che rinunzia non passava al secondo figlio; l'altra, che la parte del secondogenito che rinunzia si accresceva egualmente *et in viriles*, al primogenito ed al secondogenito, e non come aveva pensato Molineo, in proporzione del diritto che ciascuno avea ne' feudi. Questa decisione è fondata sopra una grande ragione; perchè, secondo ciò che vedremo in appresso, quel che il primogenito ha di più degli altri figli ne' feudi, lo ha a titolo di anteparte, e non come una parte differente da quella de' suoi fratelli e sorelle; onde ne segue che non deve avere una parte differente dalla loro nella parte di quello che rinunzia; poichè, secondo i principj del diritto lo accrescimento si fa *proportionibus haereditariis*; *l.* 59, § 3, *ff. de haered. instit.*

La nostra decisione deve avere parimenti luogo nello Statuto di Orleans, il quale, art. 359, ha una disposizione simile a quella dell'art. 310 di quello di Parigi. Vi è anche minore difficoltà, perchè esso dice semplice-

mente fra tre o più figli, e non dice, come quello di Parigi, *che vengono alla successione*.

Ci rimane da osservare che il primogenito non può pretendere avere in ciascuno de' fondi feudali la parte vantaggiosa che lo Statuto gli accorda, e che basta ch' egli abbia nel totale questa parte che dee essergli rilasciata dai commissarj che faranno la divisione tra lui e i secondogeniti per comodo reciproco di tutte le parti.

§ 5. *A qual titolo il primogenito tenga il suo diritto di primogenitura.*

Il primogenito non può prendere il suo diritto di primogenitura che a titolo di erede; egli non può averlo quando non accetti la successione, egli ne è impossessato come degli altri beni della successione.

Ma ciò che tiene, in conseguenza di questo diritto di primogenitura, più de' suoi secondogeniti, non è considerato come parte ereditaria maggiore di quella de' suoi secondogeniti, ma come un' anteparte legale che prende fuori della sua porzione; e del resto non è riputato erede che per la sua parte virile ed eguale a quella de' suoi altri fratelli.

Per questa ragione egli non ha più di ciascuno de' suoi secondogeniti nella parte di quello che rinunzia alla successione, secondo che l' abbiamo or ora osservato.

Per la stessa ragione egli non è obbligato più di ciascuno dei suoi fratelli a soddisfare i debiti della successione secondochè vedremo nel capitolo quinto.

§ 6. *Se il padre o la madre possano pregiudicare al diritto di primogenitura.*

Il diritto di primogenitura è, in tutto ciò che esso contiene, una legittima che lo Statuto accorda al primogenito nei beni nobili della successione, che il padre, o la madre, o gli altri ascendenti non possono pregiudicare.

La legittima di diritto del primogenito negli altri beni, è, come quella dei secondogeniti, la metà di ciò che il primogenito avrebbe avuto se il defunto non avesse fatto alcuna donazione nè legato; ma la legittima feudale è il totale che lo Statuto gli accorda.

La legittima feudale ha, da un' altra parte, ciò di meno della legittima di diritto, che questa non può essere pregiudicata, non solamente mediante legati, ma nè anche mediante donazioni tra vivi, sia ch' esse sieno fatte ad altri figli, sia ch' esse sieno fatte a degli estranei; ed invece la legittima feudale può esser diminuita, o anche ridotta a niente da disposizioni o donazioni tra vivi fatte ad estranei. La ragione è che lo Statuto non accorda al primogenito questo diritto di primogenitura che nei beni nobili *che si trovano nella successione del defunto*, e che gli appartengono in tempo della sua morte, ma non accorda nessun diritto in quelli di cui ha disposto in sua vita con donazioni tra vivi, poichè essi non si trovano più nella successione del defunto; e per conseguenza il primogenito non ha niente da pretendervi, e non può impugnare queste donazioni.

Per la stessa ragione, un padre ed una madre possono, mediante una convenzione col signore da cui dipendono i beni feudali, cambiare in censivi quelli tenuti nobilmente, senza che il primogenito possa lagnarsene; perchè la legge non gli accorda diritto che in quelli che si troveranno tenuti nobilmente in tempo della morte, e che si troveranno di questa qualità nella successione.

Possono essi diminuire il diritto di primogenitura, mediante donazione tra vivi, de' loro fondi feudali fatta a' loro secondogeniti? Non si fa luogo alla questione nel caso in cui il secondogenito donatario accetti la successione; perchè essendo il secondogenito in questo caso obbligato a conferire nella massa della successione il fondo che gli è stato donato, non vi ha dubbio che rientrando questo fondo nella successione, a motivo della collazione, il primogenito vi eserciti il suo diritto di primogenitura: d' onde segue che la donazione che ne è stata fatta al secondogenito, non pregiudica al diritto di primogenitura.

La questione adunque cade nel caso nel quale il secondogenito donatario si attenesse alla donazione che

gliene è stata fatta. Molineo § 1., glos. 3, n. 15 e 16 sopra questa questione, aveva pensato che questo fondo non trovandosi nella successione del donante, non era soggetto alla legittima feudale di questo primogenito, che gli era accordata soltanto ne' feudi e beni nobili della successione; e che in conseguenza questo primogenito, che aveva franca d'altronde la sua legittima di diritto, non poteva attaccar questa donazione, a meno, aggiunge questo autore, che non sembrasse che questa donazione fosse stata fatta manifestamente in frode del diritto di primogenitura, e non avesse avuto altri motivi che di annientarlo; per esempio, se un padre donasse tutti i suoi feudi a un secondogenito, senza che uno stabilimento di questo secondogenito, sia per matrimonio o altrimenti, avesse dato occasione a questa donazione.

Questa opinione di Molineo, quantunque conforme ai principj, non è stata abbracciata, e la giurisprudenza delle decisioni ha stabilito che il padre e la madre, quantunque possano annientare interamente il diritto di primogenitura mediante donazioni tra vivi a favore di estranei, non potevano apportarvi il menomo pregiudizio, per mezzo di donazioni tra vivi fatte a favore di uno de' loro secondogeniti; che i fondi feudali donati ai secondogeniti, quantunque essi si attenessero alla loro donazione, dovevano esser compresi e computati nella massa de' beni nobili e feudali, de' quali il primogenito doveva avere la metà o i due terzi, secondo il numero dei figli, oltre la sua abitazione e il volo del cappone; e che, per riguardo alla donazione fatta al secondogenito, se non restava nella successione quanto bastasse per fornire al primogenito questa parte di beni nobili, e la sua legittima di diritto negli altri beni, egli poteva attaccare la donazione del secondogenito e farla ridurre.

Vi è pure luogo a pensare che un padre o una madre non possano pregiudicare al diritto di primogenitura, vendendo al loro secondogenito un fondo feudale; e che debba tenersi conto al primogenito, ne' beni della successione, della parte che avrebbe avuta in questo fondo, sotto la deduzione della sua parte virile nel prezzo che il defunto ha ricevuto.

Questa distinzione che noi abbiamo fatta tra le disposizioni fatte a favore degli estranei, e quelle a favore dei secondogeniti, ha luogo solo riguardo alle disposizioni tra vivi. Quelle per causa di morte e le testamentarie, tanto che siano fatte a favore di estranei quanto a favore de' secondogeniti, non possono pregiudicare la legittima feudale del primogenito, la quale restando da prendersi sopra tutti i beni feudali della successione, deo prendersi sopra i beni che il defunto ha legati, come sopra tutti gli altri beni feudali ch' egli ha lasciati in tempo della sua morte.

§ 7. *Disposizione particolare dello Statuto di Orleans, che permette a' genitori di escludere il diritto di primogenitura ne' feudi che essi acquistano.*

L'articolo 91 è concepito in questi termini: *I nobili e non nobili, che avessero acquistato ed acquistassero in avvenire de' fondi feudali, ne' quali non vi sarà giustizia, nè vassallaggio, potranno, tanto nel contratto di acquisto, che con dichiarazione per iscritto susseguente, disporre del detto feudo, ed ordinare che sarà diviso in parti uguali tra i loro figli, per una volta solamente, senza alcuna prerogativa di primogenitura, tanto per l'abitazione e terre, quanto pe' censi.*

Si sa per tradizione, che questo articolo fu accordato, in tempo della riforma, alle incalzanti sollecitazioni de' sindaci ed agenti comunali, alle quali si unirono quelle di alcuni della nobiltà.

Questa disposizione è contraria al diritto comune, ed è particolare al nostro Statuto di Orleans.

Della natura e della forma di questa dichiarazione.

La dichiarazione che questo articolo di Statuto permette di fare, è un' ordinanza d'ultima volontà che non ha effetto che dopo la morte di colui che l' ha fatta: d' onde segue ch' essa è rivocabile fino alla morte.

Se essa fosse stata fatta con un contratto di matrimonio d'un secondogenito, essa non sarebbe in questo caso una semplice ordinanza di ultima volontà, ma una clausola e condizione del contratto del matrimonio; e per conseguenza non potrebbe rivocarsi in pregiudizio di questo secondogenito e de' suoi figli.

Questa dichiarazione può essere o speciale per un certo feudo, o generale per tutti i feudi che alcuno abbia acquistati.

Essa deve farsi per iscritto D'altronde, non è necessaria alcuna formalità: essa può farsi, o col contratto di acquisto, o con un atto separato: può farsi con testamento, come pure con un atto che non sia rivestito delle formalità testamentarie: può farsi non solamente con un atto dinanzi notajo, ma con una scrittura privata. Per esempio un acquirente può inscrivere questa dichiarazione nel suo giornale.

Non importa egualmente in quale tempo essa sia fatta, egli ne è sempre in tempo.

Dei fondi che sono suscettibili di questa dichiarazione.

Non vi sono che i semplici feudi pe' quali si possa far questa dichiarazione, vale a dire quelli da' quali non dipenda nè giurisdizione nè vassallaggio.

Vi è chi cerca eludere la legge, riguardo ai feudi che abbiano giurisdizione e vassallaggio, comprando primieramente il feudo, sotto la riserva che il venditore fa della giurisdizione e del vassallaggio. Si domanda se la dichiarazione che fa l'acquirente, col primo contratto, ch' egli intende che il feudo sia diviso senza prerogativa di primogenitura, sia valida. Vi ha chi lo pensa e lo pratica; io non credo che una tale dichiarazione fosse valida. La ragione si deduce dalla natura stessa di questa dichiarazione. Questa è, come ora abbiamo osservato, una specie di Ordinanza di ultima volontà, che non si conferma senonchè per la morte di quello che l' ha fatta. Al tempo dunque della morte si dee avere riguardo per giudicare della sua validità. Ora, essa si trova in questo tempo riguardare un feudo che non n'è suscettibile, trovandovisi riuniti la giurisdizione e il vassallaggio dipendenti da questo feudo, e che erano stati separati *ad modicum tempus*.

Oltre questa ragione ch' è di massima, ve ne ha un'altra, cioè, che se fosse permesso di fare questa dichiarazione facendo acquisti separati della giurisdizione, del vassallaggio e del resto del feudo, ciò tenderebbe a rendere illusoria la legge, la quale, permettendo di far queste dichiarazioni pei semplici feudi, proibisce di farle per quelli che abbiano giurisdizione e vassallaggio; non essendo niente più facile che di acquistare con contratto separato, in luogo d' acquistare con un medesimo contratto.

Vi è un' altra strada la quale è lecitissima; ed è allorquando l' acquirente fa comprare da' suoi figli la giurisdizione e vassallaggio, ed egli acquista solamente il resto del feudo, il quale trovandosi in questo caso, nella sua successione, separato dalla giustizia e dal vassallaggio, sarà suscettibile della dichiarazione che avrà fatto l' acquirente, per la divisione eguale nella sua successione.

Non vi sono che i feudi che *abbiamo acquistati* che siano suscettibili di questa dichiarazione, secondo che risulta da questi termini, *che avranno acquistato o acquisteranno in avvenire.*

Non v' ha dubbio che questi termini, *che avranno acquistato*, non comprendono i propij, vale a dire i feudi ne' quali noi siamo succeduti; perchè acquistare è l' opposto del succedere, acquisto è l' opposto di proprio.

Essendo propria nella mia persona la parte del mio coerede, la quale mi appartiene per licitazione, come quella che aveva per mia parte, secondo che abbiamo visto nel nostro *Trattato della Divisione delle Cose*, nasce ch' essa non è suscettibile di questa dichiarazione.

È una quistione che presenta maggior difficoltà, se noi possiamo fare questa dichiarazione pe' feudi che ci sono stati donati o lasciati in legato da un parente collaterale o da un estraneo. La ragione di dubitare è che

questi fondi siano acquisti; donde sembra seguire che possan esser compresi sotto questi termini, che *avranno acquistato* o *acquisteranno*. Bisogna decidere però che questi termini, *che avranno acquistato*, devono ristringersi agli acquisti a titolo oneroso e di commercio, come la vendita, il cambio, ec., e soltanto riguardo a' fondi acquistati a questo titolo, e non riguardo a quelli che ci sono stati donati o lasciati in legato, lo Statuto permette di ordinare la divisione eguale. La ragione di decider così si deduce dalla ragione sopra la quale è fondata la disposizione di quest' articolo, ch' è stata di rendere per questa via più facile il commercio dei beni feudali, che più persone non volevano acquistare pel timore di procurare troppo grandi vantaggi al loro primogenito, in pregiudizio de' secondogeniti. Ora, è evidente che questa ragione non riguarda che gli acquisti di commercio, e non le donazioni e i legati: dunque lo Statuto non ha avuto in vista che questi acquisti e ad essi dee limitarsi. Aggiungasi che si presume che il padre non avrebbe acquistato il feudo, se non gli fosse stato permesso di fare la dichiarazione; il primogenito non ne risente dunque pregiudizio; ma non si può dire similmente che non avrebbe accettato senza ciò un legato o una donazione.

Finalmente, è evidente che un padre o una madre non possono fare questa dichiarazione che pei feudi situati nel territorio dello Statuto di Orleans; perchè essendo la successione di questi fondi deferita dalla legge del territorio ove essi sono situati, la legge non può niente stabilire, nè niente permettere riguardo alla successione di fondi ch' essa non deferisce.

Da chi possa farsi la dichiarazione permessa da questo articolo.

Essendo questa dichiarazione, come noi abbiamo osservato, una specie di Ordinanza d' ultima volontà, che imita le disposizioni testamentarie, ne segue: 1.° che un minore può far questa dichiarazione, purchè abbia l' età richiesta dal nostro Statuto per disporre con testamento de' suoi acquisti, vale a dire venticinque anni compiti; 2.° che una donna maritata può far questa dichiarazione senza essere autorizzata dal suo marito, per la stessa ragione per la quale noi abbiamo veduto ch' essa poteva testare senza questa autorità.

Per quale successione.

Ciascuno non può fare questa dichiarazione senonchè per la sua propria successione e non per quella di un altro.

Perciò se un marito dichiara che vuole che i suoi acquisti, fatti durante la comunione, sieno divisi senza prerogativa di primogenitura, questa dichiarazione non avrà effetto che nella sua successione, per la parte che gliene sarà devoluta dietro la dissoluzione e divisione della comunione, e non per quella che perverrà alla moglie, se non fa una simile dichiarazione; *nec obstat* che il marito abbia diritto di disporre, malgrado sua moglie, di tutti gli acquisti della sua comunione, poichè egli n' è il padrone. La risposta è, che egli può bensì disporne tra vivi, ma non per disposizioni che non hanno effetto che alla morte, nel qual tempo il suo diritto sopra i beni della comunione si limita alla metà. Ora, questa dichiarazione è una disposizione che non ha effetto senonchè dopo la morte.

Posto che non si può far questa dichiarazione che per la sua propria successione, ne segue ancora che, quando de' feudi sono stati divisi egualmente tra i figli di quello che gli ha acquistati, in conseguenza della dichiarazione che ne ha fatto, questi stessi feudi non lasceranno di essere (in seguito) divisi con prerogativa nella successione de' figli di questo acquirente: il che il nostro Statuto intende con questi termini: *potrà ordinare che si farà la divisione eguale tra i figli per una volta solamente.*

Finalmente questa dichiarazione non può aver luogo che per la successione che noi trasmettiamo a' nostri discendenti. Una persona che non abbia che eredi collaterali non potrebbe ordinare parimente che i feudi da lui acquistati saranno riputati nella sua successione come beni ignobili e divisi fra

i suoi eredi, tanto maschi che femmine; perchè la disposizione del nostro Statuto non riguarda le successioni collaterali. Ciò risulta da questi termini, *potrà ordinare che si farà la divisione eguale tra i figli*. Questo articolo non ha avuto in vista che questa successione, secondo che risulta da quanto si è detto qui sopra sulla ragione che ha determinato ad accordare quest' articolo.

Osservate però che se questa dichiarazione fosse fatta con un atto rivestito delle forme testamentarie, potrebbe almeno valere *per modum legati*.

§ 8. *Se il primogenito possa rinunziare al suo diritto di primogenitura.*

Non v'ha difficoltà che il figlio primogenito, purchè sia maggiore, possa, dopo l' apertura della successione, rinunziare, in favore de' suoi secondogeniti, al suo diritto di primogenitura nella divisione della successione: ma lo può egli prima? Io non lo credo. Oltre che questa rinunzia sarebbe una convenzione *de haereditate viventis*, e per conseguenza contraria a' buoni costumi, vi è che quand' anche questa rinunzia fosse fatta col consenso dei genitori della cui successione si tratta, rimarrebbe ancora contro questa rinunzia un sospetto di mancanza di libertà nel consenso del primogenito che si presumerebbe non averla fatta che per ordine de' suoi genitori. Ora, si può asserire, in questo caso, quantunque non si tratti della specie della legge, *non videtur consentire qui obsequitur imperio patris vel domini*.

Io credo che questa decisione debba aver luogo quand' anche questa rinunzia si facesse col contratto del matrimonio del figlio primogenito, o con quello di un secondogenito. È vero che la giurisprudenza ha permesso che le figlie rinunzino alle successioni con questi atti, ma ciò per sostenere lo splendore del nome, conservando ai primogeniti la totalità de' beni, e questa stessa ragione milita al contrario per impedire la rinunzia del primogenito alle sue prerogative di primogenitura.

§ 9. *Di alcune altre prerogative del diritto di primogenitura.*

È una prerogativa annessa al diritto di primogenitura, che il primogenito sia depositario di tutti i titoli della famiglia, come sono i contratti di matrimonio, le divisioni fatte nelle famiglie, le carte genealogiche, i titoli di nobiltà, ec. Egli dee avere parimenti i ritratti di famiglia, i manoscritti del padre comune, e quelli degli antenati, o altre persone della famiglia, i libri notati di mano del padre comune, le insegne di dignità del padre comune o degli antenati.

Quando un nipote *ex filio* rappresentante il primogenito, viene alla successione del suo avo co' suoi zii, e ch' ei sia minore, io credo che questo deposito debba affidarsi al più avanzato in età de' secondogeniti, coll' obbligo di restituirlo al nipote primogenito della famiglia, quando sarà maggiore; e perciò il secondogenito dee incaricarsene con un inventario. Si deve osservare la stessa cosa quando il primogenito sia in istato di demenza.

Se il primogenito non avesse lasciato che delle figlie, quantunque i nostri Statuti loro accordino il diritto di rappresentare il primogenito, per prendere in suo luogo l'anteparte nella divisione de' beni nobili della successione, io non penso ch' esse debbano parimente rappresentarlo per questo deposito: è ragionevole di preferire il primogenito de' figli maschi a queste figlie che debbono passare, col loro matrimonio, in famiglie estranee.

SEZIONE II.

Della successione deferita agli ascendenti.

La successione di un defunto, in mancanza di figli, è deferita a' suoi genitori, e altri ascendenti.

La Novella 118 di Giustiniano chiamava nella successione il padre e la madre ed altri ascendenti, osservando fra loro la prerogativa del grado, ad esclusione di tutti i collaterali, fuori de' fratelli e sorelle germane, le quali concorrevano co' detti genitori o ascendenti.

Secondo questa Novella, quantunque i nipoti venissero in forza della rappresentazione co' fratelli e sorelle del defunto, quando non vi erano ascendenti, nondimeno quando vi erano degli ascendenti e de' fratelli del defunto, i soli fratelli del defunto concorrevano cogli ascendenti; i nipoti, figli de' fratelli premorti, non erano ammessi a rappresentare il loro padre: ciò ch'è stato corretto dalla Novella 127, § 1, che loro permette, anche in questo caso, di rappresentare il loro padre, e di concorrere cogli ascendenti ed altri fratelli del defunto.

Ma questi nipoti concorrono essi cogli ascendenti quando non vi è fratello del defunto? Vi ha chi pensa ch' essi concorrono. Cuiacio è d'avviso contrario, e la sua opinione mi sembra più conforme al senso della Novella, che non gli ammette a concorrere cogli ascendenti, se non *beneficio fratrum*, co' quali essi concorrono in forza della rappresentazione.

Per gli Statuti di Parigi e di Orleans, gli ascendenti o escludono i collaterali o sono esclusi da alcuni collaterali, secondo che i beni sono o mobili, o acquisti, o proprj; alcune volte essi deferiscono la proprietà ai collaterali, e l' usufrutto solamente agli ascendenti.

ARTICOLO PRIMO

Della successione degli ascendenti nei mobili ed acquisti, secondo gli Statuti di Parigi e di Orleans.

Lo Statuto di Parigi, art. 311, chiama il padre e la madre, e in loro mancanza l' avo o l' ava ed altri ascendenti, osservata la prerogativa del grado fra loro, alla successione de' mobili ed acquisti de' loro figli morti senza figli.

Esso differisce dal diritto della Novella, in ciò che per la Novella, secondo che abbiamo detto, i fratelli e sorelle germane del defunto concorrevano col padre e con la madre, ed a maggior ragione cogli altri ascendenti; in luogo che lo Statuto di Parigi preferisce gli ascendenti in questa successione a tutti i collaterali.

Secondo la Novella, quando l' avo di una linea, per esempio l' avo paterno, si trova concorrere solo nella sua linea con l' avo o con l'avola dell' altra linea, la divisione si fa per linea; di maniera che l' avolo, che è solo nella sua linea, prende la metà della successione, e l' avo e l' avola dell' altra linea hanno insieme l'altra metà. Ciò dee egli osservarsi nello Statuto di Parigi e negli altri Statuti che non ne fanno parola? Lebrun e Lalande sono per l' affermativa circa il nostro Statuto, il quale non ne parla più di quello che faccia lo Statuto di Parigi. Lo Statuto di Tours adotta espressamente la disposizione di questa Novella. Io penso, al contrario, che negli Statuti di Parigi, di Orleans ed altri che non si spiegano, questa disposizione della Novella non debba osservarsi, essendo questa disposizione contraria alla regola generale delle successioni, che le divide in eguali porzioni fra quelli che sono in egual grado. Perciò nel nostro caso, l' avo paterno e l' avo o l' avola materni debbono dividere per capi, ciascuno per terzo, tale è l' avviso di Ricard, e di Lemaitre; e vi è una decisione del 14 febbrajo del 1702.

Lo Statuto di Orleans è interamente conforme a quello di Parigi per la successione de' mobili. Esso la deferisce parimenti, in mancanza di figli, *al padre e madre, avo ed avola*, ad esclusione di tutti i collaterali; esso non parla degli altri ascendenti, ma

ciò dee supplirsi. L' antico Statuto, art. 258, li comprendeva espressamente; non può essere che per dimenticanza che non si sia fatta menzione di loro nell'articolo della Novella. Essi non hanno meno diritto di succedere in mancanza di ascendenti più prossimi in grado, e di escludere tutti i collaterali. Tale è l' avviso di Lalande e di tutti quelli che hanno scritto sopra il nostro Statuto.

Riguardo alla successione degli acquisti il nostro Statuto si è allontanato da quello di Parigi. Esso ha preferito soltanto i genitori ai fratelli e sorelle del defunto nella successione degli acquisti. Riguardo agli avi ed avole, esso non accorda loro che l'usufrutto degli acquisti, quando concorrono co' fratelli e sorelle del defunto, e fa succedere i detti fratelli e sorelle nella proprietà.

In mancanza di fratelli e sorelle, essi escludono tutti gli altri collaterali.

Bisogna dire lo stesso degli ascendenti che sono in grado più lontano; essi non debbono, a maggior ragione, avere che l' usufrutto degli acquisti, quando concorrono co' fratelli e sorelle del defunto: ma in mancanza di fratelli e sorelle, essi escludono tutti gli altri collaterali.

ARTICOLO II.

Della successione degli ascendenti nei beni proprj che non sono della loro linea.

È una regola generale di diritto consuetudinario che nella successione in linea diretta, *il fondo proprio non rimonta*. Parigi, art. 311; Orleans, art. 314; molti altri Statuti contengono la stessa massima.

Essa s' intende in un senso differente da quello in cui s' intendeva altre volte. Secondo il nostro antico diritto consuetudinario, gli ascendenti non succedevano a' loro figli; ed anche in mancanza di parenti, il fisco era loro preferito. Ciò c'insegna Lauriere, al detto articolo 312, colla testimonianza di Masuer, degli antichi Statuti di Digione, e con altre testimonianze.

In oggi questa regola non significa altra cosa, se non che il fondo proprio di una famiglia non rimonta agli ascendenti di un'altra famiglia, e che il padre ed altri ascendenti paterni sono per conseguenza esclusi nella successione de' beni proprj materni, dai parenti collaterali della famiglia, a cui questi proprj sono addetti in qualsisia grado lontano; e che, *viceversa*, la madre e gli ascendenti materni sono esclusi nella successione de' proprj paterni da'parenti collaterali della famiglia paterna.

Questa decisione ha luogo pei proprj fittizj come pei proprj reali.

Un padre che ha sposato sua cugina, che per conseguenza si trova appartenere alla famiglia materna di suo figlio, sarà egli escluso nella successione de' beni proprj materni di suo figlio dai parenti materni che sono più prossimi in grado di lui nella linea materna? Esempio: Io ho sposato mia cugina germana, la quale, morendo, m' ha lasciato un figlio il quale è morto in seguito. Si presentano alla successione de' beni proprj materni di mio figlio, de' cugini germani che sono in quarto grado: essendo cugino germano della madre di mio figlio, io non era con mio figlio che in quinto grado di parentela materna; sarei io loro preferito? Alcune persone hanno pensato che io doveva loro esser preferito; che la regola, *i beni proprj non rimontano*, non aveva altro oggetto che d' impedire che tali beni uscissero di famiglia; che subito che il padre si trova egli stesso appartenere alla famiglia della madre, questa ragione per la quale lo Statuto lo esclude dalla successione, cessa, e per conseguenza egli dee esser ammesso. Vi è anche qualche decisione emanata dalla camera de'ricorsi, che ha giudicato per il padre: ma il contrario è stato giudicato da una decisione di regolamento della Gran Camera, la quale ha deciso che nella successione de' beni proprj, non si doveva considerare che il grado di parentela lineare. E perciò in questo caso il padre, quantunque egli stesso appartenga alla famiglia materna, dee essere escluso da'cugini germani materni, come più prossimi di lui in questa parentela. Questa decisione è fondata so-

più grande ragione; non è la qualità di padre che dà diritto a succedere ne' beni proprj materni, ma solo la parentela materna vi dà diritto; essa è dunque la sola che dee considerarsi in questa successione.

Per la stessa ragione il padre, che si trovasse nello stesso grado di parentela materna con suo figlio degli altri parenti materni di detto suo figlio, non dee escluderli, ma concorrere con essi nella successione de' beni proprj materni di detto figlio. Lemaitre e Renusson riferiscono una decisione contraria, emanata nel 1676, la quale non dee essere seguita.

Quando non vi rimane alcuno della famiglia a cui il proprio è vincolato, si pensava altre volte che doveva aver luogo la successione del fisco. Questa opinione è stata con ragione rigettata dall' art. 330 del nuovo Statuto di Parigi, il quale ha deciso che in questo caso il più prossimo parente doveva succedere; e per conseguenza in tal caso la regola, *i beni proprj non rimontano*, cessa, e il padre dee succedere ne' proprj materni di suo figlio, e la madre ne' suoi proprj paterni, siccome essi succedono ne' suoi acquisti.

Questo articolo è giusto ed equissimo. I suoi prossimi parenti, che sono eredi per diritto comune, non sono esclusi dalla successione de' beni proprj di un'altra famiglia, che in favore di questa famiglia a cui i proprj sono vincolati. Quando non vi rimane più alcuno di questa famiglia, la ragione che faceva escludere da questa successione i più prossimi parenti, cessa, e per conseguenza essi devono essere ammessi.

Essendo questa disposizione così giusta come è, deve essere osservata negli Statuti che non ne parlano, ed anche in quelli che insinuassero il contrario.

Temperamento apportato dagli art. 314 di Parigi e 316 di Orleans.

Gli articoli 314 di Parigi e 316 di Orleans, han portato un temperamento alla regola che esclude il padre dalla successione de' beni proprj materni e la madre dei paterni, accordando al superstite conjuge il diritto di succedere a' loro figli nell' usufrutto degli acquisti fatti durante la loro comunione, quantunque divenuti proprj, derivando dalla linea del premorto nella persona dei detti figli che sono succeduti al detto predefunto.

Questi Statuti si spiegano l' uno e l' altro cogli stessi termini: *Il padre e la madre godono dell' usufrutto dei beni lasciati da' loro figli che sono stati acquistati dai detti padre e madre, e per la morte di uno di loro pervenuti all' uno de' loro detti figli, ancorché essi siano divenuti proprj ai detti figli: sempre però che i detti figli muojano senza prole o discendenti da essa ec.*

Questa successione nell' usufrutto è accordata come una specie di consolazione alla perdita che il superstite fa in sua vita, *in solatium luctus*; e perchè il superstite non è estraneo a questi beni, all' acquisto de' quali egli ha contribuito, *in præmium collaborationis*.

A quali persone questa successione sia accordata, ed in quali casi.

Quest' articolo non parla che del padre e della madre. Di qui nasce la quistione, se l' avo o l' avola abbiano lo stesso diritto di succedere al loro nipote, in un acquisto della loro comunione, pervenuto a questo nipote per la successione del premorto. Ciò non soffre dubbio nello Statuto di Parigi che si esprime formalmente in un altro articolo, che è il 230, dove dopo aver detto che *la metà de' coacquisti pervenuta ad un erede conjuge premorto, diviene propria dei detti eredi*, lo Statuto aggiunge, *de' quali beni tuttavolta il padre o la madre, avo od avola, succedendo a' loro figli, avranno l' usufrutto nel caso che non vi rimanga alcun discendente dell' acquirente.*

Quantunque lo Statuto di Orleans non si sia in nessun luogo spiegato relativamente all' avo o avola, nondimeno io penso che la stessa decisione debba aver luogo: perchè le ragioni che hanno fatto accordare al padre ed alla madre questa successione di usufrutto, e che noi abbiamo ripor-

tate qui sopra, militano egualmente e nel loro pieno vigore per l'avo o avola. Si dee dunque decidere per essi la stessa cosa: *Ubi eadem ratio et aequitas occurrit, idem jus statuendum est.* D' altronde lo Statuto di Parigi è d' una grande autorità per l' interpretazione del nostro.

Per la stessa ragione, si dee decidere che quest' articolo deve aver luogo non solamente a riguardo dell' avolo, ma a riguardo di tutti gli altri ascendenti.

Non v' ha dubbio che questa disposizione non può aver luogo quando non vi è stata comunione fra i conjugi i quali l' hanno esclusa col loro contratto di matrimonio. *Quid* se, col contratto di matrimonio, la parte della moglie nella comunione fosse stata limitata ad una certa somma ch' essa prenderebbe franca di debiti, la moglie potrebbe essa succedere a suo figlio nell' usufrutto de' fondi acquistati da suo marito durante il matrimonio, e pervenuti a suo figlio per la sua successione? Senza dubbio: perchè questa somma stipulata in favore della moglie, *per qualunque diritto di comunione*, è il prezzo della sua parte nella comunione ch' essa vende a cottimo; ciò che suppone che vi sarà una comunione tra essa e suo marito. I fondi acquistati durante il loro matrimonio sono dunque veramente de' coacquisti, nei quali suo figlio è succeduto a suo padre, e la cui successione nell' usufrutto è alla moglie deferita dagli articoli di Statuto.

La moglie che ha rinunziato alla comunione, può essa succedere a' suoi figli nell' usufrutto degli acquisti della comunione? Sì, perchè quantunque essa abbia rinunziato alla comunione, questi fondi non sono meno coacquisti della comunione: non vi è stata meno una comunione; e ben lungi che la sua rinunzia impedisca che non vi sia stata una comunione, come lo dice Lebrun, al contrario essa la suppone; perchè non si rinunzia a ciò che non vi è; la moglie non ha meno contribuito, colla sua economia e direzione, all' acquisto di questi fondi, ed essa non dee esser privata di questa successione.

Il padre e la madre succedono a' loro figli in quest' usufrutto soltanto *nel caso che i detti figli muojano senza figli o discendenti da essi.*

Questi termini, *o discendenti da essi*, sono anfibologici. S'intendono essi *dei loro figli*, o de' loro padre e madre, di modo che il genitore superstite non possa succedere in questo usufrutto a suo figlio, senonchè in mancanza di figli di questo figlio, ma ben anche in mancanza de' collaterali di questi figli nati da' loro padre e madre, vale a dire in mancanza dei fratelli e sorelle, de' nipoti e delle nipoti di questo figlio? Quest' ultima interpretazione non trova difficoltà nello Statuto di Parigi: esso l' ha fatta da sè stesso in termini formali nell' art. 230, con questi termini che noi abbiamo riportati, *nel caso che non vi siano discendenti dell' acquirente.*

Noi non abbiamo ammesso questa interpretazione contenuta nell' articolo 230 dello Statuto di Parigi. La ragione è che questa successione di usufrutto, e la disposizione di consuetudine che l' accorda, essendo delle più favorevoli, si dee interpretarla piuttosto in un senso che l' estenda, che in un senso che la ristringa. Se il nostro Statuto avesse avuto intenzione che il padre e la madre fossero esclusi dai fratelli e sorelle del defunto, nella successione accordata da questo articolo, esso si sarebbe spiegato, come ha avuto cura di farlo nel caso dell'articolo seguente.

Nello Statuto di Parigi, i fratelli che escludono il conjuge superstite di questa successione di usufrutto, debbono essi essere nati dal loro matrimonio? Per esempio, una moglie morendo lascia un figlio nato dal suo ultimo matrimonio, ed uno nato da un precedente letto; questo figlio muore dopo di lei; suo fratello uterino escluderà egli il superstite dalla successione di usufrutto de' coacquisti della sua comunione, ne' quali suo fratello è succeduto a sua madre? La ragione di dubitare è che lo Statuto dice, nel caso che essi muojano senza figli *discendenti da essi* (padre e madre). Ora, questo fratello uterino non è disceso *da essi*, ma è disceso da uno di loro; egli adunque non appartiene a quelli a cui lo Statuto ha dato il di-

ritto di escludere il superstite dalla successione dell' usufrutto Bisogna nondimeno decidere che questo fratello uterino deve escludere il padre dalla successione dell' usufrutto. Non bisogna aver tanto riguardo a' termini dell' articolo 314, che non sono chiari, quanto a quelli dell' articolo 230 che sono chiari, e dove lo Statuto si è spiegato correttamente. Ora, con questo articolo 230, è detto, *nel caso che non vi siano discendenti dell' acquirente.*

Basta adunque, secondo questo articolo, che il fratello uterino, sia disceso dalla madre comune nella cui comunione sono entrati gli acquisti che essa ha trasmessi colla sua successione al defunto; questo fratello uterino ha uno stesso diritto ai beni proprj pervenuti a suo fratello dalla parte della loro madre comune, che avesse un fratello germano; la madre gli ha acquistati egualmente per tutti i suoi figli, e per conseguenza ei dee avere lo stesso diritto di succedere nella piena proprietà che avrebbe il fratello germano. Lebrun, il quale è però del nostro avviso, propone un' obbiezione che non merita risposta. Egli dice che questa successione dell' usufrutto tiene luogo di un dono reciproco, che i conjugi non hanno potuto farsi, poichè essi avevano dei figli; che la condizione dei conjugi, per questa successione di usufrutto, deve dunque essere eguale, siccome deve esserlo una donazione reciproca; e ch' essa non lo sarebbe se uno de' conjugi che non ha figli d' un precedente letto, potesse essere escluso da questa successione di usufrutto dai figli d' un precedente letto dall' altro conjuge. Questo ragionamento non merita risposta; perchè si può egli mai paragonare una successione ad una donazione reciproca?

Quali sieno i fondi il cui usufrutto è concesso al superstite da questi articoli.

Lo Statuto con questi articoli accorda, come abbiamo visto, al superstite conjuge, il diritto di succedere ai loro figli nell' usufrutto *de' fondi che sono stati acquistati da essi*, e, per la morte d' uno di loro, pervenuti ai loro detti figli, vale a dire nell' usufrutto de' coacquisti della loro comunione, una parte de' quali, per la morte d' uno di loro, è passata ai suoi figli, ed è divenuta propria della linea del defunto, nella persona dei loro detti figli.

Quantunque sia intervenuta una sentenza di separazione di beni, i fondi acquistati prima della separazione non sono meno compresi nel caso di questo articolo, essi sono acquisti della comunione che è durata fra loro fino alla separazione. E perciò la madre superstite succederà a suo figlio nell' usufrutto di questi fondi che avrà avuti dalla successione di suo padre.

Non è così di quelli acquistati dopo la separazione, a meno che i conjugi non l' avessero ristabilita: perchè in questo caso la separazione è distrutta, come se non fosse mai avvenuta, ed i fondi acquistati sia dall' uno sia dall' altro conjuge durante il tempo intermedio, sono veri acquisti della comunione.

Il superstite potrebbe egli succedere nell' usufrutto de' proprj mobilizzati dal premorto, che fossero passati a' suoi figli per la sua morte? Sembra di no: 1.° perchè essi non sembrano compresi ne' termini dello Statuto, *nell' usufrutto dei detti fondi che sono stati acquistati dai detti genitori*. Questi termini sembrano comprendere soltanto i coacquisti reali che sono stati veramente acquistati nella comunione fra il padre e la madre, e non i proprj mobilizzati e conferiti in comunione da uno de' conjugi cui appartenevano prima del matrimonio, e che non sono per conseguenza *stati acquistati dal padre e dalla madre insieme*; e perciò *deficiunt verba consuetudinis*, *deficiunt etiam mens et ratio consuetudinis*; 2.° perchè, come abbiamo osservato primieramente e come osservano tutt' i commentatori, questa successione di usufrutto è stata accordata al superstite, *in premium collaborationis*, per compensarlo di ciò che aveva contribuito colle sue fatiche all' acquisto di questi beni. Ora questa ragione non può applicarsi ai proprj mobilizzati dalla moglie premorta, non avendo il marito contribuito in niente al loro acquisto; 3.° la mobilizzazione è una finzione che

non dee aver effetto che pel caso per cui essa è fatta, *fictio non debet operari ultra causam*. Ora, la finzione della mobilizzazione non è fatta che pel caso della comunione, a fine che il marito abbia la libertà di disporre, durante il matrimonio, de' beni proprj mobilizzati da sua moglie, come degli altri beni della comunione: ma questa finzione della mobilizzazione non ha luogo pel caso della successione de' figli; non si può neppure presumere che i conjugi abbiano previsto un caso sì tristo. Per conseguenza i proprj mobilizzati non debbono più riguardarsi come coacquisti nella successione de' figli, e il padre superstite non può pretenderne l' usufrutto. Non ostante queste ragioni, la giurisprudenza delle decisioni ha stabilito, che il superstite succeda a' suoi figli nell' usufrutto de' proprj mobilizzati dal conjuge premorto, allo stesso modo de' coacquisti reali. Vi sono due decisioni che l' hanno giudicato sotto il nostro Statuto di Orleans, annullando le sentenze del Baliaggio. La ragione di questa giurisprudenza è che la mobilizzazione che uno de' conjugi fa de' suoi beni proprj, operandosi in favore dell'altro conjuge, la finzione della mobilizzazione dee avere il suo effetto non solamente nel caso della divisione o della disposizione de' beni della comunione, ma generalmente in tutti i casi in cui è dell' interesse del conjuge, a favore del quale questa mobilizzazione è stata fatta, che questo proprio mobilizzato sia riguardato come un coacquisto; e per conseguenza la finzione della mobilizzazione dee avere il suo effetto, e il proprio mobilizzato dee passare per coacquisto nella successione de' figli, come in tutti gli altri casi, avendo il superstite interesse che sia riputato tale per succedervi nell' usufrutto. *Nec obstat* che lo Statuto dica: *nell' usufrutto dei fondi* CHE SONO STATI ACQUISTATI *dai detti genitori*: perchè se i proprj mobilizzati dalla moglie non sono stati realmente da essi acquistati, basta che, per la finzione della mobilizzazione, sieno riputati tali, *tantum operari debet fictio in casu ficto, quantum veritas in casu vero*.

Questa decisione dee aver luogo quando anche i loro figli avessero rinunziato, come eredi della loro madre, alla comunione, e fossero succeduti ne' beni proprj mobilizzati dalla loro madre, in virtù della clausola che in caso di rinunzia alla comunione la moglie e i suoi riprenderebbero ciò ch' essa vi ha recato; perchè la loro rinunzia non impedisce che vi sia una comunione, e che questi proprj mobilizzati ne abbiano fatto una parte: al contrario essa lo suppone.

Se il superstite succede a' suoi figli nell' usufrutto de' proprj mobilizzati dal premorto, a maggior ragione deve egli succedere nell' usufrutto di quelli ch' egli stesso ha mobilizzati, ed una parte di cui è passata a' suoi figli per la morte dell' altro conjuge; perchè il superstite ha più che contribuito ad acquistarli alla comunione, poichè è desso quegli che ve gli ha messi.

Se il padre superstite non abbia mobilizzato nella comunione verun corpo certo, ma abbia mobilizzato indeterminatamente i suoi immobili fino alla concorrenza di 20,000 lire, e che questa collazione non sia stata ancora eseguita nè determinata, i figli della madre premorta sono, per motivo di questa collazione del loro padre, creditori di tali fondi fino alla concorrenza della metà di questa somma; avendo tale credito de' fondi per oggetto, è un credito immobiliare che la comunione aveva contro il superstite, e che apparteneva per metà alla moglie comune in beni; il quale credito nella persona de' figli è un proprio proveniente dalla parte della loro madre dalla cui successione l' hanno avuto, nell' usufrutto del quale il loro padre superstite dee succedere a sua moglie, conformemente a questi articoli.

Che se il marito avesse semplicemente conferito nella comunione una somma di 30.000 lire, da prendere sopra tutti i suoi beni mobili ed immobili, il credito che i suoi figli, come eredi della loro madre premorta, avrebbero contro di lui per motivo di questa collazione, sarebbe un credito mobiliare, nella piena proprietà del quale succederebbe a' suoi figli.

Se la moglie premorta, in luogo di mobilizzare un corpo certo, avesse promesso di recare nella comunione i suoi immobili fino alla concorrenza di una certa somma, per esempio di 20,000 lire, e che questa collazione non fosse stata determinata in tempo della morte del figlio, non vi ha dubbio che il padre, come creditore per questa collazione della moglie, e conseguentemente de' suoi figli eredi della loro madre, ha diritto di farsi consegnare ne' fondi materni per 10,000 lire di fondi che gli sono dovuti per la metà di questa collazione. La quistione è di sapere, se egli possa domandare l' usufrutto delle altre dieci mila lire in fondi materni, come avente diritto di succedere nell' usufrutto della porzione, che i suoi figli hanno avuta in qualità di eredi della loro madre, nella collazione materna. Io credo di no. La ragione è che questa collazione non essendo stata determinata a un corpo certo, il diritto della comunione risultante da questa collazione non consisteva in alcun diritto di proprietà che la comunione avesse di qualche fondo della moglie, egli consisteva soltanto in un credito. Ora, si è fatta confusione ed estinzione di questo credito della comunione per la metà di cui i figli, come eredi della loro madre, erano debitori, e che dovevano avere in questo credito: non si trova dunque più niente di esistente nel cui usufrutto il superstite possa pretendere la successione.

S' incontra ancora meno difficoltà, se la moglie premorta avesse recato una somma di 20,000 lire da prendersi sopra i suoi immobili; questo sarebbe un puro debito mobiliare, confuso ed estinto per una metà, e per l' altra metà del quale la successione del figlio, erede di sua madre, sarebbe tenuta verso il padre superstite.

Il superstite succede egli nell' usufrutto de' coacquisti della sua comunione, che suo figlio ha avuto dalla donazione che gliene è stata fatta dal premorto, e alla quale suo figlio si è attenuto? La ragione di dubitare si deduce da' termini dell' art. 315 del nostro Statuto, *godono in usufrutto dei fondi acquistati dai detti genitori, e per la morte d'uno di loro pervenuti all'uno dei detti figli*. Ora, si dirà, in questo caso i fondi non sono pervenuti a questo figlio per la morte del conjuge predefunto; per conseguenza, *deficere videntur verba consuetudinis*, e la disposizione dello Statuto non dee aver luogo. Non ostante queste ragioni, bisogna decidere che il superstite succede nell'usufrutto. Non vi è alcuna ragione per la quale lo Statuto avrebbe accordato al superstite la successione nell' usufrutto di questo coacquisto piuttosto in un caso che nello altro: d' onde risulta che questi termini, *e per la morte d' uno di loro pervenuti*, non debbono prendersi *restrictive*, ma come enunciando la via più ordinaria per la quale questi coacquisti passano dalla persona del premorto in quella de' suoi figli.

Se un coacquisto, per la morte del conjuge predefunto, è passato a suo figlio, ed in seguito, per la morte del figlio, al nipote, il superstite succederà egli nell' usufrutto a suo nipote? La ragione di dubitare si deduce ancora da'termini dello Statuto. Questo coacquisto non è pervenuto al nipote dalla successione del premorto conjuge, almeno immediatamente; esso non è un semplice proprio nascente nella persona di questo nipote, ma un proprio pervenutogli per parte di suo avo, che ha avuto due passaggi in famiglia, e che per conseguenza vi deve essere assai fortemente vincolato; e perciò non vi è la stessa ragione di accordarne l' usufrutto al superstite. Non ostante queste ragioni, io penso che l' avo superstite debba in questo caso succedere nell'usufrutto: io non vedo che vi sia meno ragione per accordargli tale usufrutto, nel caso che la parte de' coacquisti del premorto sia passata soltanto pel canale del figlio, che nel caso nel quale essa gli sarebbe passata direttamente. Le due ragioni per le quali questa successione gli è accordata, *ratione collaborationis et in solatium liberorum amissorum* si riscontrano egualmente nell' uno e nell'altro caso: al contrario, avendo, dopo la morte della moglie, sofferto una doppia perdita, e di suo figlio e di suo nipote, è tanto più degno di consolazione.

Questa successione del semplice u-

sufrutto non fa uscire il fondo dalla famiglia dell'avola. Ciò fa cadere l'altra ragione di dubitare, desunta dall' esser vincolato il fondo alla famiglia dell' avola.

A qual titolo il superstite abbia l'usufrutto che gli è accordato da questa disposizione di Statuto.

Questo usufrutto é accordato al superstite a titolo di successione, secondo che risulta da'termini dell' art. 230 di Parigi, *de'quali beni tuttavolta il padre o madre, avo e avola, succedendo a' loro figli, avranno l'usufrutto* . . . . E perciò bisogna che accetti l'eredità di suo figlio, ed è tenuto a' debiti della successione, *pro rata* del valore di questo fondo.

Segue pure da questo principio, che egli è investito di quest'usufrutto come di tutte le altre cose nelle quali succede, secondo la regola, *il morto impossessa il vivo*: egli non é dunque obbligato a farselo rilasciare dagli eredi che succedono nella proprietà.

È vero che lo Statuto l' obbliga a prestare cauzione fidejussoria, o almeno *giuratoria*, agli eredi che succedono nella proprietà; ma questa obbligazione non attribuisce agli eredi della proprietà che un' azione per esiger da lui questa cauzione, e il diritto di sequestrare, dietro un' ordinanza del giudice, le rendite dei fondi, fino a che vi abbia soddisfatto; ma ciò non impedisce che, succedendo a questo usufrutto in qualità di erede, a titolo d'erede non ne sia impossessato.

Se questo diritto abbia luogo negli Statuti che non si spiegano a tale riguardo.

Essendo questo diritto un diritto puramente positivo, e derogante, *aliquatenus*, alla regola generale che assoggetta la successione de'proprj a'parenti della linea donde essi procedono, non può osservarsi che negli Statuti che se ne sono spiegati.

ARTICOLO III.

Della successione de' beni proprj del defunto deferita agli ascendenti della sua linea.

La regola, *i beni proprj non rimontano*, secondo che noi abbiamo già osservato, non esclude il padre, madre o altri ascendenti, che dalla successione de'beni proprj che procedono da un'altra linea diversa dalla loro; niente impedisce ch'essi sieno eredi de'loro figli ne'proprj che provengono dalla loro linea.

Ciò succede anche nel caso dell'art. 315 di Parigi, e 317 di Orleans, e nel caso dell' art. 313 di Parigi, e 315 di Orleans, ed in alcuni altri casi. Noi tratteremo di questi casi separatamente.

§ 1. *Del caso degli art. 315 di Parigi e 317 di Orleans.*

L'art. 315 di Parigi è concepito in questi termini: *Se il figlio fa acquisto di fondi o altri beni immobili, e muore lasciando a suo figlio i detti fondi, e dipoi il detto figlio muoja senza figli e discendenti da lui, e senza fratelli e sorelle, l' avo o l' avola succedono nella piena proprietà dei detti fondi, ed escludono tutti gli altri collaterali.*

L' art. 317 di Orleans é concepito a un di presso negli stessi termini, e nel caso di quest'art. il fondo che si trova nella successione di questo nipote, che gli perveniva dalla successione di suo padre che l'aveva acquistato, è un proprio paterno, poiché gli perviene dalla successione di suo padre; la madre non può succedere in questo proprio, non essendo materno: ma l' avo e l'avola paterni e gli altri ascendenti paterni, vi succedono, poichè questo fondo è un proprio paterno, e per conseguenza un proprio della loro linea.

L'articolo preferisce all'avo ed all'avola paterni i fratelli e le sorelle del defunto; ciò che bisogna intendere dei fratelli e sorelle germane o consanguinei del defunto; perchè nella supposizione che noi facciamo, che questo fondo perviene al defunto dalla successione di suo padre che l'aveva acquistato, i suoi fratelli e le sue sorelle uterine, che non sono parenti in questa linea, non sono capaci di succedervi finchè vi è qualche parente paterno.

Qual'è la ragione della preferenza che lo Statuto accorda a' fratelli del defunto, sopra l'avo o l' avola? Esse

è fondato sull'essere i fratelli e le sorelle del defunto figli di quello che ha recato il proprio nella famiglia. Ora, ella è una massima, che ha luogo in punto di successione di beni proprj, che i discendenti di colui che ha recato il proprio nella famiglia sono preferiti, in parità di grado, agli altri parenti; essendo stato il voto di colui, che ha recato il fondo nella famiglia, di acquistarlo piuttosto per la sua posterità che pe' suoi parenti. Ciò non ostante la legge ha deferito soltanto in parte al voto di colui che ha recato il proprio nella famiglia; se vi avesse fatto deferenza interamente, ella avrebbe preferito i suoi discendenti, quantunque in grado più lontano: ciò che non ha fatto. Ella si è limitata a dar loro la preferenza in parità di grado. Ciò appare da questa disposizione di Statuto che preferisce solamente i fratelli e le sorelle del defunto all'avo, perchè i detti fratelli e sorelle sono discesi dal padre del defunto che ha recato il proprio nella famiglia, e in parità di grado all'avo. Essa non preferisce loro i nipoti del defunto, quantunque parimenti discesi da quello che ha recato il proprio nella famiglia, poichè essi sono in un grado più lontano, cioè in terzo grado.

Quando il defunto non abbia lasciato nè fratelli nè sorelle, l'avo, nel caso di questo articolo, esclude, per verità, gli altri parenti del defunto; ma se questo defunto abbia lasciato un fratello, o una sorella, e de' nipoti d'un altro fratello, essendo questi nipoti in questo caso posti, in virtù di rappresentazione, nel grado del loro padre, ed essendo loro deferita la successione del loro zio in concorso del fratello defunto, essi escluderanno l'avo, ciò ch'essi non potrebbero fare, se il defunto non avesse lasciato fratelli, e ch'essi venissero a succedere per fatto proprio: *nec novum in jure, ut quod quis ex persona sue non habet, ex persona alterius habet.*

Questa decisione ha luogo quando anche lo stesso fratello del defunto avesse rinunziato alla sua successione: perchè, essendovi stati chiamati con lui, la sua parte loro si accresce, secondo la regola che vuole che la parte d'un coerede che rinunzia, si accresca a' suoi coeredi chiamati alla successione con lui.

L'art. 315 di Parigi, simile al nostro 317, non ha parlato che dell'avo; ma è facile di fare agli ascendenti, di un grado ulteriore, l'applicazione dei principj sopra i quali questi articoli sono stabiliti, e che noi abbiamo spiegati. Esempio: Un figlio, vivendo ancora i suoi genitori, ha fatto acquisto di un fondo, che per la sua morte è passato a suo figlio, nipote de' genitori dell'acquirente, e questo nipote lo ha trasmesso egli stesso per successione a suo figlio pronipote de' genitori dell'acquirente. Questo pronipote muore mentre vivono ancora i suoi bisavoli paterni e materni, padre e madre di colui che ha recato il proprio nella famiglia: è certo che essendo questi bisavolo e bisavola parenti del loro pronipote della linea donde procede il proprio, hanno diritto di succedervi, ad esclusione de' cugini germani del defunto, della stessa linea, anche ad esclusione de' cugini germani del defunto discesi dall'avolo del defunto che ha recato il proprio nella famiglia; perchè non essendo questi cugini germani che in quarto grado di parentela, e per conseguenza in un grado di parentela più lontano dei bisavoli, non possono escluderli.

Egli è ancora certo che se il defunto avesse lasciato dei fratelli e delle sorelle consanguinee, essi avrebbero escluso il bisavolo o la bisavola, secondo i termini formali di questo articolo.

Se il defunto non ha lasciato nè fratelli nè sorelle, ma de' nipoti e delle nipoti, o degli zii e delle zie discesi dall'avolo del defunto che ha recato il proprio nella famiglia, escluderanno essi il bisavolo o la bisavola? Io lo penso: questa è una conseguenza del principio che abbiamo stabilito, che nella successione del proprio, coloro che sono discesi da colui che ha recato il proprio nella famiglia, escludono in parità tutti gli altri parenti. Questi zii e zie, questi nipoti e queste nipoti del defunto discesi da colui che ha recato il proprio nella famiglia, sono in parità di grado col bisavolo e bisavola, essen-

do come essi nel terzo grado di parentela, debbono dunque escludere il bisavolo e la bisavola. È vero che, quando l'acquisto è stato fatto dal padre del defunto, l'avo paterno del defunto, del quale solo lo Statuto ha parlato, non può essere escluso che da' fratelli e sorelle del defunto, poichè non vi sono che i fratelli e le sorelle che siano in parità di grado coll'avolo; ma per la stessa ragione per cui lo Statuto ha deciso che i fratelli e sorelle del defunto, come discesi da colui che ha recato il proprio nella famiglia, debbono escludere l'avo col quale essi sono in parità di grado, si dee decidere che gli zii e le zie, i nipoti e le nipoti, discesi da quello che ha recato il proprio nella famiglia, debbono escludere l'avo col quale sono in parità di grado.

§ 2. *Dei casi degli articoli* 313 *di Parigi e* 315 *di Orleans.*

Gli Statuti di Parigi e di Orleans, dopo aver detto, *fondi proprj non rimontano al padre e madre, avo ed altri ascendenti*, aggiunge in un articolo seguente, *tuttavolta succedono nelle cose donate a' loro figli morti senza figli e discendenti.*

Secondo questo articolo, il padre e la madre ed altri ascendenti, che hanno donato ad uno de' loro figli un fondo, gli succedono in questo fondo, divenuto proprio nella sua persona, ad esclusione di qualunque altro parente, quando muoja senza posterità.

Questa disposizione non è una eccezione della precedente; perchè la precedente, come la s' intende in oggi, non esclude il padre, madre ed altri ascendenti che dalla successione dei beni proprj che provengono da una altra linea diversa dalla loro: essa non può dunque impedire all' ascendente donante di succedere a suo figlio nel fondo che gli ha donato; perchè questo fondo è un proprio che procede dalla sua linea avendoglielo esso donato.

Perciò la particella *tuttavolta*, che unisce tale disposizione alla precedente, non è stata impiegata come *eccettuativa*, ma come *avversativa*; cioè come se lo Statuto avesse detto, *ma succedono ec.*

Di quali cose questi Statuti deferiscono con questi articoli la successione all' ascendente donante.

Quantunque il termine *di cosa*, del quale essi si servono dicendo, *succedono nelle cose*, sia un termine generale che nel suo significato ordinario comprende tanto le cose mobili che le immobili, le quali sole sono suscettibili della qualità di proprio, di queste cose soltanto si tratta in questi articoli. Ciò risulta dalla parola *tuttavolta* colla quale questi articoli cominciano, e che indica chiaramente la sua relazione con ciò che precede, e fa conoscere che si tratta della stessa specie di cose di cui si era parlato nel precedente.

Questi Statuti dopo aver detto, *fondi di proprj non rimontano al padre e madre ed altri ascendenti*, per farci conoscere che questa regola esclude gli ascendenti soltanto dalla successione de' proprj che provengono da una differente linea, aggiungono nell' articolo seguente; *tuttavolta succedono nelle cose da essi donate*; ciò è come se essi dicessero, tuttavolta succedono in quelli che provengono dalla loro linea; per esempio in quelli che provengono dalla donazione ch' essi stessi hanno fatta a' loro figli.

Secondo questi principj, se un padre abbia donato a suo figlio una dote in beni mobili, la madre vi succederà a suo figlio morto senza prole, egualmente come il padre che gli ha donati, quantunque ella non vi abbia per nulla contribuito, non essendo in comunione con suo marito, e sebbene questi mobili sieno ancora in natura; *perchè nelle successioni dei mobili, non si considera la loro origine.*

Quali persone sieno preferite all' ascendente donante, ed a quali persone sia egli preferito.

L' ascendente donante non succede nelle cose che ha donate se non in mancanza di figli del donatario; donandole a suo figlio, gliele ha donate tanto per esso che per la di lui posterità. Ma in mancanza di figli del

donatario è egli preferito a tutti i collaterali, anche a' fratelli e sorelle del defunto? Questi due ultimi termini del nostro articolo, e *loro discendenti*, s' intendono di essi donatarj, di coloro della successione de' quali si tratta, e non di essi padre e madre. Tal è l' interpretazione che ne danno tutti i comentatori dello Statuto di Parigi, e ciò è ancora più indubitato nello Statuto di Orleans, secondo che apparisce dall' art. 248 del nostro antico Statuto, donde è tolto il nuovo, il quale si esprimeva così: *se il donatario muore senza eredi in diretta linea*. Secondo questi termini, il donante è formalmente preferito a tutti i collaterali.

L' ascendente donante è egli preferito a un altro ascendente più prossimo in grado e dallo stesso lato? Per esempio, se l' avo paterno abbia donato un fondo a suo nipote, questo avo sarà egli preferito al padre nella successione di questo nipote morto senza prole? Alcuni autori pensano che al contrario il padre debba esser preferito, perchè è egualmente che l' avo della linea donde il proprio procede, ed ha sull' avo il vantaggio del grado. Questo articolo non deferisce agli ascendenti donanti la successione delle cose da loro donate, se non quando essi si troveranno più prossimi nella linea. Io trovo più conforme al testo dell' articolo l' opinione contraria che deferisce la successione al donante, in mancanza di figli del donatario, in preferenza a tutti gli altri parenti, senza distinguere se questo donatario sia il più prossimo in grado o no. Quest' interpretazione dee tanto più essere ricevuta nel nostro Statuto, quantochè l' articolo 348 dell' antico Statuto, dal quale il 315 è tolto, la favorisce abbastanza chiaramente.

Questa preferenza dell' ascendente donante sopra gli altri parenti, ha luogo non solamente nella successione del figlio ch' era egli stesso il donatario, ma ancora in quella de' figli di questo figlio donatario. Per esempio, io ho donato a mio nipote un fondo; mio nipote lo ha lasciato per successione a suo figlio, mio pronipote, ch' è morto senza figli; io sarei preferito nella successione del mio pronipote, per questo fondo, a mio figlio che è l' avo del defunto, e per conseguenza più prossimo in grado di me.

Quid, se io ho donato un fondo a mio figlio che lo ha donato a suo figlio, che muore in seguito senza discendenti; chi di noi due succederà, cioè io o mio figlio? sarà mio figlio, perchè egli stesso ha la qualità di donante, avendo egli donato il fondo al defunto; e in ciò questo caso è differentissimo dal precedente.

Io ho dato a mio figlio un fondo ch' è pervenuto ad uno de' suoi figli, che in seguito muore senza discendenti; chi succederà, cioè, i suoi fratelli e sorelle, o io? Io penso che i fratelli o le sorelle del defunto debbono succedere, perchè essi sono i figli del donatario Lo Statuto non chiama l' ascendente donante alla successione del fondo da lui donato senonchè in mancanza del donatario; egli è vero ch' esso parla della successione del donatario stesso, e che si tratta qui della successione del figlio del donatario; ma io penso che debb' essere lo stesso, per la ragione che il donante ha donato al donatario per lui e per tutta la sua posterità.

A qual titolo l' ascendente donante succede nelle cose da lui donate.

L' ascendente donante succede ai suoi figli nei fondi che loro ha donati, non a titolo di riversione, come nel diritto scritto, ma a titolo di successione propriamente detta; ciò risulta da questa parola, *succedono*. Essi non possono dunque ciò pretendere senza accettare l' eredità del donatario; ed egli dee per ragione dei detti fondi contribuire a' debiti della successione.

Di qui nasce che Lalande decide mal a proposito che in caso di condanna capitale del figlio donatario, e di confisca de' suoi beni, l' ascendente donante debb' essere preferito al fisco pe' beni che egli ha donati; perchè non succedendo a questi beni che a titolo di erede di suo figlio, egli non può succedervi allorquando suo figlio colla sua condanna è divenuto incapace di avere eredi.

§ 3. *Degli altri casi ne' quali il padre, la madre ed altri ascendenti succedono ne' beni proprj de' loro discendenti.*

Oltre i due casi enunciati, il padre, la madre ed altri ascendenti succedono ne' beni proprj de' loro discendenti tutte le volte che questi proprj, come l'abbiamo detto, procedono dal loro lato. Io ho rinunziato alla successione di un mio parente; mio figlio, ch'era nel grado seguente, si è accomodato coi creditori e l'ha accettata; io succederò a mio figlio ed a' suoi figli ne' fondi che proverranno dalla successione di questo parente; perchè essi procedono dal mio lato, avendoli avuti mio figlio dalla successione di uno de' miei parenti.

Mio figlio, dietro la mia rinunzia, ha accettato la successione di uno dei miei parenti ed ha trasmesso ad uno de' suoi figli questo fondo, i fratelli del defunto mi saranno essi preferiti? Questa questione non si decide cogli art. 315 di Parigi e 317 di Orleans. Nel caso di questi articoli, se i fratelli del defunto sono preferiti all'avo, ciò avviene perchè il loro padre che ha acquistato il fondo lo ha fatto proprio della famiglia, e che è regola delle successioni de' beni proprj, che gli ascendenti di colui che ha recato il fondo nella famiglia sieno preferiti in parità di grado agli altri parenti. Ma nel caso presente non è il padre comune del defunto e de' suoi fratelli e sorelle colui che ha posto il fondo nella famiglia; esso è succeduto a uno de' suoi parenti collaterali; i fratelli e sorelle non hanno più di me il vantaggio di essere discesi da colui che ha recato il fondo nella famiglia. Perciò questo caso è interamente differente da quello degli articoli citati, e non può decidersi co' principj sopra i quali essi sono fondati: bisogna dunque cercare la decisione della quistione in un altro principio. Eccolo: la successione de' mobili ed acquisti è la successione ordinaria; essa è il diritto generale, il diritto comune dal quale la successione de' proprj devia in ciò che la prima è deferita ai parenti indistintamente di qualunque linea sieno, osservando però fra essi un certo ordine; quella de' proprj al contrario non è deferita che ai parenti di una certa linea di una famiglia. Per regolare dunque l'ordine che dee osservarsi in questa successione de' beni proprj, tutte le volte che la legge non si è spiegata altrimenti, si deve ricorrere a ciò che essa ha prescritto per la successione de' mobili ed acquisti, come è la successione ordinaria e di diritto comune.

Secondo questo principio, avendo lo Statuto di Parigi preferito gli ascendenti ai fratelli, alle sorelle ed a tutti i collaterali nell'ordine della successione de' mobili ed acquisti, e non essendosi spiegato sopra questo punto per la successione de' beni proprj, si dee in questo Statuto di Parigi similmente preferire nella successione de' proprj, gli ascendenti dal lato donde il proprio è pervenuto ai fratelli e sorelle del defunto.

Al contrario, avendo il nostro Statuto di Orleans nell'ordine della successione de' mobili ed acquisti, chiamato i fratelli e le sorelle del defunto in preferenza dell' avo ed altri ascendenti ulteriori, a' quali esso ha solamente riservato l'usufrutto, si debbono parimenti, ne' casi sopra i quali esso non si è spiegato, preferire nella successione de' proprj i fratelli e le sorelle del lato donde sono pervenuti, agli avoli o altri ascendenti ulteriori del lato donde i detti beni proprj procedono, lasciando solamente l'usufrutto agli ascendenti.

SEZIONE III.

Dell' ordine di succedere nella successione collaterale.

La regola generale per l'ordine della successione collaterale è, che i collaterali che sono nel più prossimo grado di parentela col defunto vengano insieme alla successione, ed escludano quelli che sono in un grado più lontano.

Questa regola è ristretta dal diritto

di rappresentazione e dal richiamo che vi supplisce, dalla prerogativa del doppio vincolo, dalla prerogativa del sesso mascolino, finalmente nella successione de' beni proprj.

ARTICOLO PRIMO.

Della rappresentazione nella linea collaterale.

Vi sono tre principali classi di Statuti differenti sopra questa materia. La prima è di quelli che rigettano intieramente la rappresentazione nella successione collaterale. Di questo numero è lo Statuto di Blois, art 136.

La seconda è di quelli che l' ammettono ai termini di diritto, vale a dire in favore solamente de' nipoti e delle nipoti. Di questo numero sono gli Statuti di Parigi, art. 320, e di Orleans, art. 318.

Finalmente la terza è di quelli che l' ammettono in infinito in qualsisia grado. Noi non diremo niente della prima classe di questi Statuti.

§ 1. *Della rappresentazione che ha luogo negli Statuti di Parigi e di Orleans in favore de' nipoti e delle nipoti.*

Gli Statuti di Parigi, art. 320, e di Orleans, art. 318, hanno ammesso la rappresentazione in favore de' nipoti e delle nipoti, conformemente alla Novella 118, cap. 3; e non la estendono più oltre.

Noi abbiamo veduto nella sezione prima, trattando della rappresentazione che ha luogo in linea diretta, cosa sia la rappresentazione, e quali sieno i principj sopra questa materia. Noi non li riporteremo qui.

Uno di questi principj è, che i rappresentanti non possono avere maggior diritto di quello che ne avrebbe avuta la persona rappresentata.

Da questo principio segue che i nipoti, figli di una sorella, che vengono per rappresentazione della loro madre, alla successione del loro zio, sono esclusi ne' feudi dal fratello del defunto, secondo che decidono gli Statuti di Parigi, art. 322, e di Orleans, art. 320; perchè la loro madre lo sarebbe stata pel principio che vedremo qui appresso, il quale è che nella successione collaterale i maschi escludono le femmine; ora, essi non possono avere maggior diritto di quello delle persone che rappresentano.

Essendo fondate cotali disposizioni degli Statuti di Parigi e di Orleans sopra un principio dedotto dalla natura stessa della rappresentazione, debbono essere osservate negli Statuti che non ne hanno fatto parola.

Noi abbiamo trattato la quistione sopra la linea diretta, se i rappresentanti succedevano non solamente nel grado ma in tutti i vantaggi personali della persona rappresentata; la stessa quistione ha luogo nella linea collaterale. Il nostro Statuto, art. 321, lo ha deciso per l' affermativa, ordinando che la figlia, provenendo dal maschio, rappresenta suo padre per succedere allo zio col fratello del defunto.

Non essendosi spiegato lo Statuto di Parigi sopra questa quistione, essa è stato differentemente giudicata. Due antiche decisioni del 1631 e del 1658, riportate da Ricard, avevano giudicato per la nipote; ma la decisione di Saintos del 1663, riportata nel secondo tomo del Giornale delle udienze, ha giudicato il contrario. Le ragione mi sembrano abbastanza forti in favore della nipote. Lo Statuto di Parigi ha ammesso, per la linea diretta, il principio che il rappresentante succede non solamente nel grado, ma in tutti i vantaggi personali della persona rappresentata, decidendo che la figlia del primogenito lo rappresenta pel diritto di primogenitura. Avendo ammesso questo principio per la linea diretta, sopra qual fondamento si penserà che essa ne abbia ammesso un contrario per la linea collaterale? D' altronde gli articoli dei nuovi Statuti di Orleans (compilati dagli stessi commissarj dopo aver compilato quello di Parigi), debbono servire d' interpretazione a quello di Parigi. Coloro che, al contrario, tengono il partito del fratello, contro la nipote, figlia dell'altro fratello, e la decisione del giudicato di Saintos, credono di trovare una differenza tra la diretta e la collaterale; essi dicono

che avendo i figli una specie di diritto alla successione del loro padre lui vivente, il diritto di primogenitura ch' era un diritto incominciato, vivente il loro padre, passa per la sua morte a' suoi rappresentanti, qualunque sia il loro sesso; perchè questo diritto aveva di già cominciato ad esistere. Al contrario, non avendo i collaterali diritto alla successione del loro parente collaterale, lui vivente, le prerogative che il parente maschio ha da esercitarvi, sono prerogative che non incominciano ad aver luogo che in tempo dell'apertura della successione, e, per conseguenza, che non avevano incominciato ad esistere quando egli è premorto. Esse non hanno dunque potuto succedere che nel suo grado che si trovava vacante, e non in alcuna prerogativa.

È una quistione simile alla precedente, quella di sapere se negli Statuti che regolano la divisione delle successioni fra nobili differentemente che fra ignobili, i figli nobili che vengono per rappresentazione della loro madre nobile, debbano avere gli stessi vantaggi che avrebbe avuto la loro madre. Questa quistione dipende come la precedente dal sapere, se lo Statuto abbia ammesso o no il principio che la rappresentazione dà ai rappresentanti tutte le prerogative che avrebbe avuto nella successione la persona rappresentata, quantunque annesse alle qualità personali della persona rappresentata.

Il principio che il rappresentante succede non solamente nel grado, ma in tutte le qualità personali della persona rappresentata, e che il nostro Statuto ha chiaramente ammesso nell' art. 321, citato qui sopra, riceve una eccezione nell'art. seguente: *E se nella detta successione vi sieno feudi, i figli de'fratelli non escludono le loro zie, sorelle del defunto; quindi succedono le dette zie per diritto proprio, per essere le più prossime co' figli de'fratelli.* Lo Statuto di Parigi, art. 323, ha la stessa disposizione.

Il fratello ch'è rappresentato dai nipoti suoi figli, avrebbe avuto certamente la prerogativa di escludere nei fondi le sorelle del defunto; i suoi figli, secondo quest' articolo, non le escludono. Ecco dunque una prerogativa della persona rappresentata, nella quale i rappresentanti non succedono.

Quale è dunque la ragione? Si dice che la prossimità del grado della sorella compensa il vantaggio del sesso mascolino che ha il nipote, ciò che lo Statuto insinua con queste parole: *le dette zie . . . . per essere le più prossime.* Questa ragione soffre difficoltà: poichè la finzione della rappresentazione che mette i nipoti nel grado del fratello, dà loro la stessa prossimità di grado della zia, ed in ciò consiste l' essenza e la natura della rappresentazione; la zia non ha dunque sopra di essi il vantaggio del grado, e rimane a questi nipoti sopra essa il vantaggio del sesso mascolino.

Bisogna dunque cercare un' altra ragione; essa è forse questa. La finzione della rappresentazione è stata introdotta per far concorrer de' parenti in un grado più lontano co' parenti in grado più prossimo; essa dee dunque limitarsi a far concorrere coloro, che vengono per diritto di rappresentazione co'parenti in grado più prossimo, mettendoli nello stesso grado di loro: essa può anche farli concorrere con tutte le prerogative che avrebbe avuto la persona che essi rappresentano, ma è contro il fine per lo quale la rappresentazione è stata introdotta, ch' essa dia a coloro, che vengono per rappresentazione, il diritto di escludere i parenti in più prossimo grado; essi non possono dunque succedere, col soccorso della rappresentazione, in questo diritto di escludere che avrebbe avuta la persona che essi rappresentano, a meno che non vi sia qualche legge che loro lo accordi, come nel caso del doppio vincolo, secondo che noi lo vedremo in appresso: *Jus rappresentationis*, dice Cujacio, *hanc vim tantum habet ut remotior cum propiore concurrat, non ut propriorum prorsus excludat.*

Le sorelle del defonto non sono escluse dalla successione de' feudi dai nipoti, figli del fratello, quando non vi è fratello vivente che sia chiamato alla successione; quando ve n' è uno

non v' ha dubbio ch' esse ne sieno escluse.

Quid, se ve ne fosse uno che rinunziasse alla successione; sarebbero esse escluse? Io lo penso; perchè basta che questo fratello, quantunque abbia rinunziato alla successione, vi sia stato chiamato, perchè la sua sorella non lo sia stata: la successione dei feudi è stata deferita a questo fratello ed unitamente ai nipoti del fratello premorto ad esclusione della sorella; e per la rinunzia di questo fratello, la sua parte si è accresciuta a' suoi coeredi ch' erano i nipoti.

Se il defunto ha lasciato una sorella, de'nipoti figli di un fratello, e dei nipoti figli di una sorella, i nipoti discendenti del fratello escluderanno essi i nipoti figli della sorella? La quistione soffre difficoltà. Le decisioni e i commentatori sono divisi. Si può allegare contro l' esclusione il principio che noi abbiamo riportato qui sopra, che la rappresentazione avendo per iscopo di far concorrere i parenti di un grado più lontano con quelli che sono in un grado più prossimo, essa non doveva dare il diritto che di essere posto nel grado della persona rappresentata, in conseguenza il diritto di concorrere alla successione stessa colle prerogative della persona rappresentata, ma non quello di escludere gli altri parenti da questa successione, poichè la finzione della rappresentazione non era stata introdotta per escludere ma per concorrere: che i nostri Statuti si erano bastantemente spiegati, decidendo che i nipoti che vengono per rappresentazione del fratello, non succedevano al diritto che avrebbe avuto il loro fratello di escludere le sorelle del defunto ne' feudi; che, per la stessa ragione, essi non potevano escludere i nipoti figli della sorella; perchè o essi succedono nel diritto di escludere che aveva il fratello che essi rappresentano, o non vi succedono: non si può dire che vi succedono, poichè lo Statuto decide ch' essi concorrono colla sorella del defunto: se essi non succedono in questo diritto di escludere, non possono dunque escludere i figli della sorella; entrando questi figli della sorella, per diritto di rappresentazione, nello stesso grado della loro madre, hanno diritto eguale al suo: la rappresentazione loro dà tutti i diritti che avrebbe avuto la loro madre; e, per conseguenza, essi debbono avere il diritto di concorrere alla successione de' feudi co' figli del fratello, come la loro madre l' avrebbe avuto.

Le ragioni di coloro che sostengono l' opinione contraria sono, che la rappresentazione dà ai rappresentanti tutti i diritti che avrebbe avuto la persona rappresentata; che lo Statuto ne ha eccettuato il diritto di escludere la sorella del defunto dalla successione de' feudi; che si deve stare ai termini dell'eccezione, e non estenderla a quella di escludere parimenti i figli della sorella; che se lo Statuto non ha voluto che i figli del fratello possano escludere la sorella, ciò è per una ragione che milita soltanto a riguardo della sorella stessa, e non a riguardo de' figli della sorella; ed è perchè non essendo questi figli del fratello posti nello stesso grado della sorella, se non mediante il concorso della finzione, lo Statuto ha giudicato che bastava che la finzione imitasse la verità; ma ch' essa non doveva superare la verità, nè per conseguenza far escludere dalla successione de'feudi la sorella ch'era veramente nel grado di succedere, nel quale non si trovavano i nipoti se non mediante il soccorso della finzione. Le parole dello Statuto insinuano, che per quella ragione le sorelle non sono escluse: *Le sorelle* . . . perchè *sono le più prossime*; vale come se ella dicesse, *le sorelle in conseguenza dell' essere in verità le più prossime*, *e che la finzione non dee prevalere alla verità*: d'onde si conchiude, che l' eccezione in favore delle sorelle non dee estendersi a' figli delle sorelle, i quali, essendo in pari grado co' figli del fratello, sono nel caso di essere esclusi da loro.

Osservate che, se si segue la prima opinione, i nipoti figli del fratello, succedendo colla sorella, non debbono escludere ne' fondi, non solamente i nipoti figli d'una sorella, ma nè anche le nipoti figlie di questa sorella, le quali, rappresentando la loro madre, debbono avere lo stesso diritto

ch' essa avrebbe avuto. Al contrario, se si esige la seconda opinione, i nipoti figli del fratello, succedendo colla sorella, debbono escludere da' feudi, tando i nipoti che le nipoti figli della sorella.

Ma la nipote, figlia del fratello, avrà essa lo stesso diritto? Ciò dipende dalla quistione di già agitata, e giudicata dalla decisione di Saintos, cioè di sapere se nella successione collaterale i rappresentanti succedono nelle prerogative del sesso mascolino della persona rappresentata.

Supponendo che la seconda opinione debba essere abbracciata, Guinè domanda se i figli del fratello non debbono soli profittare della porzione che avrebbero avuta i figli della sorella premorta, poichè essi soli hanno il diritto di escluderli, e che la sorella superstite non ha questo diritto? Egli dice che la quistione soggiace a difficoltà: ma essa non ne soffre alcuna. I figli della sorella predefunta, in conseguenza del diritto che hanno i figli del fratello di escluderli, non essendo chiamati alla successione dei feudi, essi non vi hanno porzione che possa accrescersi a' figli de' fratelli; perciò la successione rimane intiera da dividersi per metà tra la sorella superstite e i figli del fratello.

Si domanda se la disposizione dei nostri Statuti riformati di Parigi e di Orleans, i quali non permettono che il figlio del fratello escluda la sorella del defunto, debba osservarsi negli Statuti che non si sono spiegati. Guinè opina ch'essa non debba essere osservata, e che trovandosi il nipote, per la natura della rappresentazione, posto in pari grado colla sorella, debba escluderla, conformemente alla regola che *in parità di grado il maschio esclude la femmina*. I principj sopra i quali sono fondati gli Statuti di Parigi e di Orleans per decidere il contrario, sono principj arbitrarj che non si deve presumere essere adottati negli Statuti che non se ne sono spiegati. Molineo, su l' art. 96 di Chartres, riporta due decisioni che hanno giudicato per l'esclusione della sorella a favore del nipote, figlio del fratello: egli dice, *et sic non amplius dubitandum, secus si essent nepotes ex sorore*. Ve ne sono varie altre in Brodeau sopra Louet, *lett. R. cap.* 9.

Per finire la materia della rappresentazione in linea collaterale, secondo gli Statuti di Parigi e di Orleans, ci resta da osservare una differenza tra questa rappresentazione e quella che ha luogo in linea diretta. Essendo questa principalmente stabilita per conservare l' eguaglianza tra le differenti linee della discendenza e posterità del defunto, essa ha luogo, sia che i figli di queste differenti linee si trovino in grado ineguale, sia che si trovino tutti in egual grado. Essa ha luogo, quantunque il defunto non abbia lasciato in tempo della sua morte, nè figli nè figlie; ma solamente de' nipoti de' suoi differenti figli o figlie premorti; e la divisione si *fa per stirpi* e non *per capi*, tra i nipoti di queste differenti linee, come l' abbiamo visto nella sezione prima, articolo primo. Al contrario, la rappresentazione in linea collaterale non essendo stabilita che in favore de' soli nipoti, egli è evidente ch' essa non è stabilita in favore delle linee, e per conservare l' eguaglianza tra le differenti linee collaterali. Essa non è stabilita che in favore de'soli nipoti, per farli concorrere alla successione dalla quale essi sarebbero stati senza ciò esclusi dai fratelli e sorelle del defunto, come più prossimi in grado. Questa rappresentazione non dee dunque aver luogo se non quando si trovi, in tempo della morte, qualche fratello o sorella del defunto che potrebbe escludere; quando non se ne trova alcuno, non vi è luogo alla rappresentazione; i nipoti nati da differenti fratelli o sorelle, succedono in questo caso per proprio diritto, perchè sono i più prossimi parenti, e dividono la successione in tante parti quante sono le persone.

Ciò aveva nondimeno incontrato grande difficoltà tra i commentatori della Novelle 118, che ha introdotto la rappresentazione in favore de' nipoti. Azone sosteneva ch'essa non doveva aver luogo quando non restava alcun fratello nè sorella del defunto. Accursio al contrario sosteneva contro il suo maestro che essa non lasciava di avere luogo. La sua opi-

nione aveva avuto illustri difensori, Molineo, Lecomte ec. Si è messo termine alla disputa, e l' opinione d'Azone è stata abbracciata: essi si spiegano così, cioè Parigi, art. 331, ed Orleans, art. 219, *ma se i nipoti in egual grado vengono per proprio diritto, e non per diritto di rappresentazione, essi succedono per capi, e non per stirpi, cosicchè l' uno non prende più dell' altro*. Per esempio, se il defunto ha lasciato quattro nipoti di un fratello, ed un nipote di un altro fratello, essi divideranno in cinque parti; il nipote, figlio unico, non avrà che la sua quinta parte.

Ciò ha egli luogo nel caso in cui il defunto avesse lasciato un fratello che avesse rinunziato alla successione? No: basta che vi sia stato un fratello, quantunque abbia rinunziato, perchè la successione sia stata deferita per stirpi a questo fratello ed ai nipoti degli altri fratelli e sorelle; ed i nipoti di ciascuna delle differenti stirpi, sono stati investiti tutti insieme della parte deferita alla loro stirpe. La rinunzia del padre non avrà altro effetto che di fare accrescere la sua parte a' suoi coeredi, e i suoi coeredi sono le stirpi; la divisione dee dunque farsi per stirpi.

Se il defunto avesse lasciato un fratello e de' nipoti di differenti sorelle, e che il fratello rinunziasse, la divisione de'beni ignobili si farebbe per verità per stirpi, come abbiamo detto; perchè la successione di questi beni è stata deferita a questo fratello ed ai nipoti delle differenti sorelle per stirpi; ma la successione de' beni nobili si dividerà essa per stirpi o per capi tra questi nipoti nati da differenti sorelle? Io penso ch'essa si dividerà per capi e non per stirpi, perchè essi non vi erano stati chiamati col fratello del defunto, a cui solo essa era stata deferita; essi vi sono chiamati solo per la sua rinunzia perchè erano nel grado più prossimo dopo di lui; essi non sono giammai concorsi con lui e per conseguenza non debbono succedere per rappresentazione, nè dividere questi beni per stirpi ma per capi.

Vi è un caso nello Statuto di Orleans, nel quale i nipoti di differenti stirpi, quantunque chiamati soli alla successione, la dividono per stirpi; ed è quando il defunto abbia lasciato un fratello del vincolo semplice, e dei nipoti di differenti fratelli di doppio vincolo. Essendo il fratello di vincolo semplice escluso da' suoi nipoti di doppio vincolo, in conformità della disposizione della Novella che lo Statuto di Orleans ha adottata, secondo che lo vedremo nell' articolo seguente, la successione è deferita ai soli nipoti, e nondimeno essi debbono dividerla per stirpi, poichè non è che pel soccorso della rappresentazione, che li mette nel grado del loro padre, che essi escludono il fratello di semplice vincolo che senza ciò essi non potrebbero escludere: eglino succedono dunque in questo caso per diritto di rappresentazione, e debbono per conseguenza dividere per stirpi. Guinè è d' avviso contrario, ma non l' appoggia ad alcuna buona ragione nè ad alcuna autorità.

Non vi è luogo alla quistione nello Statuto di Parigi, il quale non ha ammesso la prerogativa del doppio vincolo.

Dal principio degli Statuti di Parigi e di Orleans che non vi è luogo alla rappresentazione dei nipoti e delle nipoti, allorquando il defunto non ha lasciato nè fratello nè sorella capaci di succedergli, segue pure che in questo caso gli zii e le zie del defunto concorrono co' nipoti; perchè non succedono i nipoti che per proprio diritto e nel loro grado ch' è il terzo, gli zii e le zie del defunto, che sono in terzo grado di parentela col defunto, si trovano in parità con loro. Ciò viene deciso dagli art. 339 di Parigi, e 329 d' Orleans.

Che se il defunto avesse lasciato un fratello o una sorella, quantunque questo fratello o questa sorella rinunziasse, i nipoti escluderanno lo zio del defunto; perchè in questo caso la successione non è stata deferita allo zio, ma al fratello del defunto congiuntamente co' nipoti; e per la rinunzia del fratello la sua parte si è accresciuta ai nipoti suoi soli coeredi.

Se non vi fossero che de'nipoti nati dalle figli siccome in questo caso la

successione de' beni nobili sarebbe stata deferita al fratello solo, la successione di questi beni per la sua rinunzia sarebbe devoluta tanto allo zio che ai nipòti che la dividerebbero per capi.

Questa disposizione degli Statuti di Parigi e di Orleans che fa concorrere lo zio col nipote, è contraria alla Novella 118, la quale ha stabilito la rappresentazione de' nipoti per tre oggetti: 1.° per farli concorrere co'fratelli e sorelle del defunto; 2.° per dar loro la preferenza sopra un fratello o una sorella di semplice vincolo, quando sono figli di un fratello germano o di una sorella germana; 3.° per dar loro la preferenza sopra gli zii del defunto. Questa preferenza del nipote allo zio è stabilita dal versetto *illud palam* della Novella.

Egli è vero che alcuni interpreti hanno preteso che questo versetto non doveva intendersi che del caso nel quale i nipoti concorrevano co' fratelli; ma tale non è forse il senso della Novella. Quando il defunto ha lasciato un fratello, non può esservi luogo alla quistione se i nipoti sieno preferiti allo zio, poichè lo zio è escluso in questo caso non dai nipoti ma dal fratello. Irnier nell' *auth. post fratres, Cod. de legit. haered.*; Bartolo al detto versetto *illud palam*; Cuiacio sopra il detto titolo del Codice *de legit. haered.*, hanno inteso questo versetto del caso in cui il defunto non abbia lasciato che de' nipoti e degli zii. In conformità di questa disposizione della Novella, gli Statuti di Auxerre e di Melun, che hanno ammesso la rappresentazione ai termini di diritto in favore de'nipoti solamente, decidono che il nipote debbe esser preferito allo zio del defunto.

Che si deve decidere negli Statuti che non se ne sono spiegati? Io penso che si debba decidere pel nipote contro lo zio negli Statuti che hanno ammesso la rappresentazione in favore de' nipoti; perchè avendo questi Statuti adottato sopra questo punto la disposizione della Novella, essi non possono avere migliore interprete sopra le quistioni che hanno relazione alla rappresentazione, fuorchè la Novella stessa che hanno abbracciata. Tal è il sentimento di Molineo nella sua nota sopra lo Statuto del Vermandese.

Ciò è stato giudicato dalla decisione dei Carons riportata da Guinè. Al contrario, negli Statuti che hanno rigettato la rappresentazione in linea collaterale, non vi è dubbio che lo zio debba concorrere col nipote.

Osservate che, siccome mediante il soccorso della rappresentazione i nipoti escludono lo zio del defunto, ne segue che quando il defunto ha lasciato uno zio, succedendo in questo caso i nipoti dei differenti fratelli per rappresentazione, poichè essi senza ciò non potrebbero escludere lo zio, debbono dividere la successione per stirpi. Tal è il sentimento più conforme ai principj.

§ 2. *Della rappresentazione negli Statuti che l' ammettono all' infinito in linea collaterale.*

Vi sono più Statuti che ammettono la rappresentazione in infinito nella linea collaterale, egualmente che nella linea diretta, tanto in grado eguale che in grado ineguale: tali sono quelli di Angiò, di Tours, del Manese e molti altri.

In questi Statuti, la successione del defunto, allorchè essa cade in linea collaterale, è deferita per stirpi primieramente ai fratelli e sorelle del defunto, ed a' discendenti de' fratelli e sorelle.

Sia che il defunto abbia lasciato de' fratelli e sorelle che gli sieno sopravvissuti, sia che non ne abbia lasciato, i figli e discendenti di ciascuno dei fratelli o sorelle predefunti prendono tutti insieme nella successione la stessa parte che il fratello o la sorella, che essi rappresentano, avrebbero presa se fossero vissuti; e nella suddivisione di questa parte, se si trovino fra i rappresentati de' figli del fratello e dei nipoti nati da un altro figlio predefunto, tutti questi nipoti prendono tutti insieme, nella suddivisione, la parte che vi avrebbe presa la persona da essi rappresentata, *et sic in infinitum*.

Se non si trovano nè fratelli, nè sorelle, nè discendenti di fratelli o di sorelle, allora la successione è de-

ferita nella stessa maniera agli zii e zie del defunto, ed a tutti i discendenti dei differenti zii e zie premorte del defunto, che vengono egualmente ciascuno per diritto di rappresentazione della persona predefunta dalla quale essi sono nati.

Se non vi sono nè zii nè zie del defunto, nè discendenti di zii e di zie, la successione è deferita ai prozii, e prozie, ed a tutta la discendenza e posterità de' prozii e delle prozie, *et sic in infinitum*, finchè si può rinvenire schiatta.

Da questi principj nasce, che in luogo, che sotto questi Statuti lo zio concorre col nipote, quando non vi è fratello nè sorella, ed anche esclude il pronipote, al contrario, in questi Statuti il nipote ed anche il secondo e terzo nipote escludono sempre lo zio; il cugino germano e quelli co' quali il defunto era in grado di cugino germano, escludono sempre il prozio, etc.

In una parola, i discendenti del padre o della madre del defunto escludono sempre quelli che discendono dall' avo; i discendenti degli avi o avole escludono quelli che discendono dal bisavolo, *et sic in infinitum*.

Bisogna nondimeno, per la successione de' beni proprj sotto questi Statuti come sotto gli altri, appartenere alla linea donde il proprio procede. E perciò se la successione d' un proprio paterno non è deferita che ai fratelli e sorelle, germani o consanguinei, ed alla loro discendenza, in loro mancanza, ad esclusione dei fratelli uterini e della loro posterità, è deferita ai soli zii e zie paterni, ed alla loro posterità, o, in loro mancanza, ai prozii e prozie paterni; *et sic in infinitum*.

Questi Statuti che hanno ammesso la rappresentazione in infinito, avendo lo scopo di conservar l' eguaglianza tra le linee, come nella successione diretta, gli stessi principj che hanno luogo per la rappresentazione in linea diretta, hanno luogo per la linea collaterale.

Perciò essa ha luogo, o che le persone che vengono per diritto di rappresentazione si trovino tra esse in grado ineguale, o in grado eguale. Più Statuti ne hanno una disposizione, e questo principio dee supplirsi in quelli che non si sono spiegati. Per esempio, se tre nipoti, figli di un fratello del defunto, vengono alla successione con un nipote, figlio di un altro fratello, la successione si dividerà per metà; il nipote, che rappresenta solo un fratello, avrà tanto quanto i tre che ne rappresentano un altro.

Parimenti in questi Statuti i rappresentanti sono non solamente posti nel grado della persona rappresentata, ma succedono in tutti i vantaggi e svantaggi ch' essa avrebbe avuti se fosse sopravvissuta; dimodochè si considera il sesso della persona rappresentata piuttosto che quello de' rappresentanti, eccettochè nella suddivisione che si fa tra i rappresentanti.

§ 3. *Del richiamo* (rappel) *che supplisce alla rappresentazione.*

Il richiamo è un atto col quale una persona supplisce alla legge che non ha ordinata la rappresentazione, ordinando che in caso di morte di uno de' suoi eredi presuntivi, i figli di questo erede presuntivo premorto lo rappresentino.

Si distinguono due specie di richiami: quello fatto *intra terminos juris*, e quello fatto *extra terminos juris*. Quello fatto *intra terminos juris*, è il richiamo che una persona fa dei suoi nipoti alla sua successione negli Statuti che non ammettono rappresentazione in linea diretta, o quello che una persona fa de' suoi nipoti negli Statuti che escludono la rappresentazione in linea collaterale. Questo dicesi richiamo *intra terminos juris*, poichè è conforme al diritto più universalmente ricevuto, che ammette queste persone a succedere per rappresentazione.

Il richiamo *extra terminos juris*, è quello degli altri parenti, come dei pronipoti, de' cugini ec. È detto *extra terminos juris*, perchè queste persone non sono chiamate dal diritto civile a succedere per rappresentazione.

Egli è evidente, da ciò che abbiamo detto del richiamo, che questa è una ordinazione di ultima volontà.

Di qui nasce, 1.° ch' è sempre ri-

vocabile fino alla morte, eccettuato però il caso che si fosse fatto per contratto di matrimonio, essendo il richiamo in tal caso una clausola del contratto, per cui sarebbe irrevocabile.

Di qui nasce, 2.° ch' è sempre rivocabile fino alla morte, fuori della presenza e senza il consenso della persona chiamata.

Ciò è conforme alla nota di Molineo sopra lo Statuto di Blois: *Ista declaratio . . . fieri potest etiam sine presentia, scientia et acceptatione ejus qui ad haereditatis partem capiendam vocatur; estque semper ambulatoria usque ad mortem declarantis.*

Colui che fa un richiamo non ha neppur bisogno del consenso de' suoi eredi presuntivi, eccetto in alcuni Statuti che lo richiedono. Tal è lo Statuto di Montargis, il quale dice che il richiamo non può farsi, *se non col consenso di tutti coloro che vi hanno interesse.* Molineo, sopra questo articolo, osserva, *intelligi consensum eorum qui sunt majores* 25 *annis.*

Osservate pure che sotto questi Statuti allorchè l' erede presuntivo di età maggiore ha una volta prestato il suo consenso pel richiamo, non può più ritrattarlo. Così dice Molineo sul nostro antico Statuto che aveva la stessa disposizione, *qui semel consenserunt non possunt amplius poenitere, nisi eum de cujus successione agitur poeniteat.*

Con qual atto dee farsi il richiamo? Non v' ha dubbio che il richiamo *intra terminos juris* possa farsi non solamente con un atto rivestito delle forme testamentarie, ma con qualsiasi atto. Molineo, parlando di questo richiamo, dice, *ista est simplex declaratio, quae fieri potest coram duobus testibus vel aliis, dummodo constet.* Bisogna però che sia per iscritto; ma lo scritto che lo contiene non è soggetto ad alcuna formalità.

Vi è maggior difficoltà riguardo al richiamo *extra terminos juris.* Guinè pretende che possa pure farsi con qualsiasi atto, e cita una decisione conforme a questo sentimento. Per me io penserei che non possa farsi se non per testamento: ciò mi sembra essere una conseguenza della massima ricevuta, che il richiamo, quando è *extra terminos juris,* non vale che *per modum legati.* Ora, non si possono fare de' legati che con testamento. Tal è pure l' avviso di Ricard.

Si possono richiamare alla sua successione non solamente tutti i figli di un fratello predefunto, ma anche uno fra essi; quindi nasce la quistione, se in questo caso debba presumersi che sia chiamato alla porzione intiera che avrebbe avuta suo padre se egli fosse vissuto, o solamente alla porzione che egli avrebbe avuta nella suddivisione di questa porzione, se i suoi fratelli e le sue sorelle fossero stati richiamati come lui? Guinè decide che debba aver la porzione intiera: io avrei della difficoltà ad abbracciare il suo avviso. Il richiamo ha l' effetto di supplire alla mancanza della legge, che non ha ammesso la rappresentazione; esso dee dunque accordare al chiamato soltanto ciò che gli avrebbe accordato la legge della rappresentazione, se lo Statuto l' avesse ammessa: ora, questo nipote avendo de' fratelli, la rappresentazione non gli avrebbe accordato il totale della porzione che avrebbe avuto suo padre, ma solamente una porzione virile in questa porzione; *puta,* se sono quattro figli, egli avrebbe avuto il quarto: il richiamo non dee dunque accordargli che il quarto di questa porzione; ed i fratelli del predefunto debbono profittare del di più. Siccome essi avrebbero profittato della intera porzione del predefunto, se nessuno de' figli di costui fosse stato richiamato, così debbono profittarne de' tre quarti, quando tre de' quattro figli di questo predefunto non sono stati richiamati.

Ciò ha luogo quando il defunto non si è spiegato, quando ha detto semplicemente che chiamava un tale suo nipote alla sua successione; ma se egli avesse detto che lo chiamava per succedere nella porzione che avrebbe avuta suo padre, è chiaro che ha voluto lasciargli tutta la porzione che avrebbe avuta suo padre. Ma io penserei che in questo caso il richiamo accordando a questo nipote più di ciò che ne avrebbe conseguito per diritto di rappresentazione, se lo Sta-

tuto l'avesse ammessa, si debba considerare come un richiamo *extra terminos juris*.

Le due specie di richiamo producono effetti differentissimi: quello *intra terminos juris* supplisce alla mancanza degli Statuti che non hanno ammesso la rappresentazione, e rende le persone chiamate veramente eredi, per rappresentazione de' loro genitori, della porzione che avrebbero avuto i loro detti padre e madre, come se essi fossero stati chiamati dalla legge. Donde nasce ch'essi sono impossessati di questa porzione sin dal momento della morte; che non è necessario di domandarne il rilascio, che partecipano in questa qualità alle legittime statutarie ne' beni proprii cogli altri eredi, i quali non possono ritenere queste riserve statutarie abbandonando ai richiamati i beni disponibili, essendo i richiamati eredi egualmente che essi.

Al contrario, il richiamo *extra terminos juris* non vale che *per modum legati*; i richiamati non sono eredi del defunto, ma sono semplici legatarj della porzione alla quale sono chiamati; essi non ne sono impossessati e debbono domandarne il rilascio all'erede.

Di qui nasce che l'erede può ritenere le riserve statutarie abbandonando i beni disponibili.

Quando una persona che avea un fratello ed un nipote nato da un altro fratello predefunto, abbia richiamato questo nipote; se questo fratello ch'escluderebbe il nipote, viene egli stesso a morire dopo il richiamo, che diverrà del detto richiamo? Vi è luogo a pensare che esso sia estinto, e che questo nipote richiamato debba succedere per proprio diritto, *in capita* co' figli dell'altro fratello. La ragione è, che il richiamo non è fatto che per supplire alla rappresentazione che lo Statuto non ha ammessa. Donde nasce che il nipote, figlio del fratello predefunto, non avendo più bisogno di rappresentazione, per la morte avvenuta del fratello che restava, non deve più farsi luogo al richiamo; nondimeno la quistione può soffrire qualche difficoltà, e si potrebbe forse dire che il nipote, figlio del fratello primo defunto, potrebbe pretendere la metà de' beni del defunto non ostante la morte dell'altro fratello che restava, e che i figli di quest'altro fratello che ha consentito al richiamo, non possono contrastargliela.

ARTICOLO II.

Della prerogativa del doppio vincolo.

§ 1. *Cosa sia il doppio vincolo.*

Si chiama vincolo di parentela lo stipite comune dal quale due parenti discendono; perchè questo stipite comune gli unisce e forma fra essi la parentela.

Si chiama parentela di doppio vincolo, o dei due lati, quella che è formata da due stipiti comuni, come quella dei fratelli che discendono da uno stesso padre e da una stessa madre, o de' parenti che discendono da uno stesso avo e da una stessa avola.

Al contrario, la parentela formata da un solo stipite comune, è chiamata parentela di vincolo semplice, o parentela da un solo lato. Tal è quella de' fratelli consanguinei che non hanno per istipite comune che il loro padre, essendo nati da differenti madri; quella de' fratelli uterini che hanno per istipite comune soltanto la loro madre, essendo nati da differenti padri.

Parimenti, a riguardo degli altri gradi, la parentela ch'è tra mio nipote e me, è di doppio vincolo, se questo nipote è figlio di mio fratello germano; perchè noi abbiamo per istipite comune mio padre e mia madre che sono l'avo e l'avola di mio nipote. Ma se è figlio di mio fratello consanguineo, la parentela non è che di vincolo semplice, perchè non abbiamo che uno stipite comune, cioè mio padre, ch'è l'avolo di mio nipote.

La parentela col mio zio è di doppio vincolo se egli è il fratello germano di mio padre, perchè noi abbiamo per istipite comune il padre e la madre di mio zio, che sono il mio avolo e la mia avola paterni, ma se egli fosse il fratello consanguineo di mio padre, la parentela non sarebbe che di vincolo semplice, perchè noi non avremmo che uno stipite comune

cioè il padre di mio zio ch'è mio avo paterno.

Similmente, a riguardo de' cugini germani, la parentela è di doppio vincolo, se essi sono figli de' fratelli germani, perchè essi hanno per istipite comune il loro avo ed avola paterni; ma se sono figli di fratelli consanguinei, la parentela sarà di vincolo semplice, poichè essi non avranno che uno stipite comune, cioè l'avo paterno, essendo la loro avola differente.

§ 2. *Quale legge abbia stabilito la prerogativa del doppio vincolo, e qual sia la varietà degli Statuti sopra questa materia.*

La Novella 84 è quella che ha introdotto la prerogativa de' parenti di doppio vincolo sopra quelli di vincolo semplice. Giustiniano, con questa Novella, dà nelle successioni collaterali la preferenza ai fratelli e sorelle congiunti da due lati col defunto, sopra i fratelli e sorelle che non lo fossero che da un solo lato.

Colla Novella 118, la quale ha introdotto la rappresentazione, egli accorda ai nipoti ed alle nipoti, figli de' fratelli e delle sorelle germane, lo stesso diritto di preferenza sopra i fratelli e le sorelle congiunte da un solo lato.

Gli Statuti sono differenti sopra la prerogativa del doppio vincolo: 1.° Ve ne sono di quelli che la rigettano espressamente: tale è lo Statuto di Parigi, art. 340 e 341, e molti altri; 2.° Ve ne sono di quelli che non se ne spiegano; 3.° Ve ne sono di quelli che l'ammettono, secondo la disposizione del diritto, a favore de' fratelli e de' nipoti; 4.° Quello di Orleans vi aggiunge gli zii; 5.° Vi sono degli Statuti che l'accordano ai fratelli, senza parlare de' nipoti; 6.° Ve ne sono di quelli che l'accordano in termini generali.

§ 3. *Se la prerogativa del doppio vincolo abbia luogo negli Statuti che non se ne sono spiegati.*

Gli autori sono divisi sopra questa quistione. Charondas, Brodeau, Lebrun, sono di avviso che questa prerogativa non abbia luogo negli Statuti che non se ne sono spiegati. Legrand, sopra Troyes, pretende al contrario che debba aver luogo. Guinè distingue tra gli Statuti che hanno rigettato la rappresentazione collaterale e quelli che l'hanno ammessa. Secondo lui, nei primi la prerogativa del doppio vincolo non ha luogo, ma ha luogo in quelli che hanno ammessa la rappresentazione.

La prima opinione mi sembra preferibile. La regola generale, in materia di successione collaterale, è di deferirla a tutti i parenti che sono nel grado più prossimo col defunto. Essendo fondati i fratelli di vincolo semplice, secondo questa regola generale, per succedere co' fratelli di doppio vincolo co' quali si trovano in parità di gradi, essi non possono esserne esclusi che da una legge che restringa questa regola generale, e che accordi una prerogativa sopra essi a quelli di doppio vincolo. Ora, la Novella non può servire di legge: essa non può aver forza di legge da se stessa, non avendo mai le Novelle avuto forza di legge nelle Gallie, le quali, molto prima di Giustiniano, non erano più sotto l'impero romano. Essa non può dunque averla se non in quanto fosse stata adottata da questi Statuti; ma come provare che sia stata adottata, quando questi Statuti non si spiegano? Si dirà che avendo una infinità di Statuti adottato espressamente questa disposizione della Novella, dee riputarsi ch'essa formi il diritto comune de' paesi statutarj, e per conseguenza dover supplirsi negli Statuti che non si sono spiegati? Ciò non può dirsi; perchè vi sono molti Statuti che l'hanno adottata, e ve ne sono a un di presso altrettanti che l'hanno rigettata.

La distinzione che fa Guinè fra gli Statuti che hanno ammessa la rappresentazione in linea collaterale, e quelli che non l'hanno ammessa, è fondata sopra un falso principio. Egli pretende che il diritto che stabilisce la prerogativa del doppio vincolo, sia una conseguenza di quello che ha ristabilito la rappresentazione; donde conchiude che debba aver luo-

go negli Statuti che si sono dichiarati per la rappresentazione, quantunque non si sieno spiegati sopra la prerogativa del doppio vincolo. Il principio è falso: egli è sì poco vero che il diritto che ha stabilito la prerogativa del doppio vincolo, sia una conseguenza di quello che ha stabilito la rappresentazione, che il diritto del doppio vincolo è stato stabilito dalla Novella 83, prima che il diritto di rappresentazione fosse stato stabilito; egli non ne è dunque una conseguenza. Questi due diritti sono talmente indipendenti l'uno dall' altro, che più Statuti, i quali hanno espressamente ammesso la rappresentazione, hanno rigettato espressamente il doppio vincolo: tale è quello di Parigi; e che, *viceversa*, degli Statuti che hanno rigettato espressamente la rappresentazione, hanno ammesso espressamente la prerogativa del doppio vincolo; tale è quello di Blois. Egli è vero che supponendo la prerogativa del doppio vincolo stabilita a riguardo dei fratelli; e supponendo il diritto di rappresentazione stabilito a favore dei nipoti, è una specie di conseguenza del diritto di rappresentazione che i nipoti abbiano la prerogativa del doppio vincolo sopra i fratelli, come la avrebbe avuta la persona da essi rappresentata; ma non è affatto una conseguenza del diritto di rappresentazione che i fratelli abbiano la prerogativa del doppio vincolo. Questi due diritti non hanno alcun rapporto; e dall' averne uno Statuto adottato uno, non si può nulla conchiudere a riguardo dell' altro. La nostra opinione è appoggiata a una decisione riportata da Brodeau, Lett. 8, n. 17, la quale ha giudicato, nello Statuto di Bourges, che la prerogativa del doppio vincolo non aveva luogo nella successione de' mobili ed acquisti, quantunque questo Statuto l' ammetta espressamente nella successione de' beni proprj, e che si può per conseguenza conchiudere che a maggiore ragione doveva riputarsi averla ammessa per la successione de' mobili ed acquisti, essendovi molto meno ragione di ammetterla nella successione de' beni proprj che in quella dei beni ordinarj, secondo che noi lo vedremo in seguito.

§ 4. *In favore di quali persone la prerogativa del doppio vincolo abbia essa luogo secondo la Novella, e secondo gli Statuti che vi si sono conformati.*

Questa prerogativa è accordata dalla Novella, adottata in ciò da un' infinità di Statuti in favore de' fratelli e delle sorelle germane, sopra i fratelli e sorelle congiunte da un solo lato.

Quando il defunto non abbia lasciato alcun fratello nè sorella, i nipoti figli del fratello germano debbono essi escludere i nipoti figli di un fratello consanguineo o uterino? Si può dire per la negativa, che la prerogativa del doppio vincolo non è stata primieramente accordata che in favore de' fratelli e delle sorelle dalla Novella 84, e che se essa è stata comunicata ai figli de' fratelli e delle sorelle dalla Novella 118, che ha introdotto la rappresentazione, sembra ch' essa sia loro stata accordata soltanto come una conseguenza della rappresentazione, e finchè essi succedono in forza della rappresentazione in tutte le prerogative della persona che essi rappresentano; donde si conchiude che quando il defunto non abbia lasciato nè fratelli nè sorelle, i nipoti figli di fratelli germani, succedendo in questo caso per proprio diritto, non possono esercitare la prerogativa del doppio vincolo sopra i nipoti figli de' fratelli consanguinei o uterini. Queste ragioni sembrano forti. Tal è l' avviso di Brodeau sopra Louet, Lett. S; di Lebrun ed altri. Si dice, al contrario, per l' affermativa, esser vero che parlando del caso della rappresentazione, Giustiniano, nella sua Novella 118, ha parlato della prerogativa de' nipoti di doppio vincolo, ma che non si deve conchiuderne non esser loro accordata questa prerogativa anche fuori del caso della rappresentazione, ed allorquando essi succedono per proprio diritto; che quantunque Giustiniano non si sia spiegato diffusamente si dee però sottintenderlo: perchè le leggi devono spiegarsi in maniera ch' esse non contengano niente di ripugnante.

Qual cosa più ripugnante di pensare che Giustiniano abbia voluto ac-

cordare a questi nipoti di doppio vincolo più diritto sopra i proprj fratelli del defunto che sopra i loro figli; e che abbia voluto rendere la condizione de' proprj fratelli del defunto peggiore di quella de' loro figli, facendo concorrere questi alla successione del loro zio co' nipoti congiunti dai due lati, mentre che i loro padri, ch' erano i proprj fratelli del defunto, ne sarebbero stati esclusi?

Cujacio ha inteso la Novella in questa maniera, perchè si esprime così: *Fratris utroque parente conjuncti filii excludunt fratris altero parente conjuncti filios.* Egli ammette dunque la prerogativa del doppio vincolo anche nel caso in cui i nipoti succedono per proprio diritto. La Thaumassière, cent. 2, quest. 8, riporta una decisione nello Statuto di Berry, che ha giudicato per questa opinione.

Non vi è luogo a tale quistione negli Statuti che ammettono la prerogativa del doppio vincolo, e la rappresentazione tanto in grado eguale che in grado ineguale; perchè in questi Statuti, i nipoti figli del fratello germano, succedendo per rappresentazione co' nipoti figli del fratello consanguineo, è evidente ch' essi eserciteranno la prerogativa del doppio vincolo.

Non vi è neppur luogo alla quistione negli Statuti i quali, senza ammettere la rappresentazione in linea collaterale, accordano la prerogativa del doppio vincolo ai nipoti; perchè questa prerogativa non può in questi Statuti essere una conseguenza della rappresentazione che non vi è ammessa: i nipoti hanno dunque certamente, in questi Statuti, questa prerogativa per proprio diritto, e per conseguenza essi possono, quando succedono per proprio diritto, escludere i nipoti di vincolo semplice.

Finalmente, non vi è luogo a tale quistione nello Statuto di Orleans, il quale accorda la prerogativa del doppio vincolo agli zii egualmente che ai fratelli ed a' nipoti del defunto; non si può dire ch' esso non accordi questa prerogativa ai nipoti per proprio diritto, ma solamente come una conseguenza del diritto ch' esso loro accorda di rappresentare il loro padre e madre; poichè esso accorda questa stessa prerogativa agli zii. Perciò i nipoti congiunti dai due lati, quantunque vengano per proprio diritto, debbono certamente escludere i nipoti congiunti da un lato solamente.

§ 5. *Negli Statuti che hanno indicato i parenti a' quali essi accordavano la prerogativa del doppio vincolo, può essa estendersi ad altri parenti?*

Essendo la prerogativa del doppio vincolo una eccezione alla regola generale delle successioni, che le deferisce a tutti i parenti del defunto che sono nel più prossimo grado, questa prerogativa non deve estendersi; d' onde si è conchiuso che quando uno Statuto accordava questa prerogativa a certi parenti, essa non doveva estendersi ad altri parenti sopra i quali lo Statuto non si fosse spiegato.

Posto questo principio, si dee decidere che, negli Statuti che accordano la prerogativa del doppio vincolo ai nipoti del defunto, e che non si spiegano sopra gli zii, questa prerogativa non dee accordarsi agli zii congiunti dai due lati, sopra gli zii congiunti da un lato solo, quantunque gli zii possano dire che, essendo parenti nello stesso grado degli altri, essi dovrebbero avere le stesse prerogative che sono accordate ai nipoti. La risposta è che i privilegj sono di diritto stretto, e non possono essere pretesi da altre persone che da quelle cui la legge gli ha accordati. Tal è il sentimento di Cujacio nella sua consulta 4.

Sopra questo principio, si decide ordinariamente che, negli Statuti che hanno accordato a' fratelli e sorelle germane la prerogativa del doppio vincolo, senza parlare de' nipoti, questi non possono pretenderla. Guinè trova questa decisione troppo generale, e vi fa una limitazione che mi sembra giusta: ed è che lo Statuto, il quale accorda ai fratelli la prerogativa del doppio vincolo, ammette non solamente la rappresentazione in linea collaterale, ma anche il principio che i rappresentanti succedendo in tutte le prerogative della persona che essi rappresentano, si dee in questi Statuti accordare la prerogativa del dop-

pio vincolo ai nipoti, che succedono per rappresentazione de' loro genitori, quantunque lo Statuto non si sia spiegato che sui fratelli; perchè ciò è una conseguenza necessaria del principio, che i rappresentanti succedono in tutte le prerogative della persona che essi rappresentano.

Per la stessa ragione, vi è luogo a pensare, che se lo Statuto, che accorda la prerogativa del doppio vincolo ai fratelli e sorelle germane, è del numero di quelli che ammettono la rappresentazione in infinito in tutta la discendenza e posterità de' fratelli e delle sorelle del defunto, e questo stesso principio, che i rappresentanti succedono in tutte le prerogative della persona rappresentata, si deve in questi Statuti, quantunque essi non abbiano parlato che de' fratelli e delle sorelle, accordare la prerogativa del doppio vincolo a tutti i discendenti de' fratelli e sorelle germane del defunto sopra i fratelli e sorelle congiunte del defunto da un lato solamente, e sopra tutta la discendenza.

Tal è l'avviso di Bry, nella sua nota sopra lo Statuto del Grand-Perche, art. 153, che parla soltanto de' fratelli. Questo autore, sopra questo articolo, dice: *Nondimeno essendovi rappresentazione in infinito, essa si deve estendere.*

§ 6. ***Negli Statuti che accordano in termini generali la prerogativa del doppio vincolo, quali parenti si reputa che siano compresi nella disposizione?***

Vi sono alcuni Statuti che accordano la prerogativa del doppio vincolo, in termini generali, in qualunque successione collaterale; tal è quello di Blois che dice, art. 155, *in qualunque successione collaterale i parenti che sono congiunti al defunto* ex utroque parente, *escludono tutti gli altri che sono congiunti solamente* ex uno latere. Quello di Montargis dice presso a poco la stessa cosa.

Attenendosi alla generalità de' termini e a queste parole, *in qualunque*, sembrerebbe che in questi Statuti i collaterali di un defunto, parenti di doppio vincolo, in qualsiasi grado che fossero, dovessero escludere i parenti dello stesso grado che fossero parenti soltanto di vincolo semplice: nondimeno, pel principio già di sopra riportato, che la prerogativa del doppio vincolo, contenendo una eccezione alla regola generale delle successioni, era di diritto stretto, le decisioni hanno ristretto la generalità delle espressioni di questi Statuti a' soli parenti pe' quali Giustiniano, al cui dritto si era ricorso, l'aveva stabilita, vale a dire a favore de' fratelli e delle sorelle, de' nipoti e delle nipoti del defunto, e non di altri. Ciò impariamo da una nota di Molineo sopra lo Statuto di Blois. *In causa de Villebraisme judicatum per arrestum quod non attenditur duplicitas vinculi ultra filios fratrum. . . . ristringendo hunc paragraphum ad limites Novellae,* e questa interpetrazione è confermata dall'uso della provincia.

La stessa cosa è stata giudicata dallo Statuto di Peronne, il quale, dopo aver accordato ai fratelli ed alle sorelle germane il diritto di escludere i fratelli e le sorelle congiunte da un lato solo, aggiunge in termini generali, *e si osserva lo stesso a riguardo de' parenti collaterali congiunti dai due lati, contro coloro che non lo sono che da un lato solo*. Si è giudicato che questa addizione, comunque generali ne fossero i termini, non comprendeva che i nipoti e le nipoti.

Osservate parimenti che negli Statuti che ammettono la rappresentazione in infinito e la prerogativa del doppio vincolo, questa prerogativa appartiene ai fratelli ed alle sorelle germane del defunto, ed a tutta la loro posterità, a causa della rappresentazione; ma in mancanza di fratelli e sorelle della loro discendenza, tutti gli altri parenti, come gli zii del defunto e loro discendenti, non godono di questa prerogativa.

§ 7. ***Contro quali parenti la prerogativa del doppio vincolo possa esercitarsi.***

I parenti congiunti *ex utroque latere* hanno prerogativa soltanto sopra i parenti congiunti da un solo lato,

co'quali essi sono in egual grado, e non sopra quelli che fossero in un grado più prossimo. Alcuni Statuti si spiegano con questi termini, *nello stesso grado*, e si debbono supplire negli altri dove non si trovano.

Ciò noi impariamo da una nota di Molineo sopra lo Statuto di Blois, che dice semplicemente: *in qualunque successione collaterale, i parenti che sono congiunti al defunto* EX UTROQUE PARENTE, *escludono tutti gli altri che sono congiunti* EX UNO LATERE. Molineo dice: *intellige quando sunt in eodem gradu, ut per sententiam Baillivi Dunensis judicatum fuit, confirmatum per Baillivum Blesensem.* Perciò nello Statuto di Blois, che non ammette la rappresentazione de' nipoti, il nipote, figlio del fratello germano del defunto, non escluderà, per la prerogativa del doppio vincolo, i fratelli consanguinei o uterini del defunto, poichè essi sono in grado più prossimo di lui.

Osservate che non è necessario che il parente di doppio vincolo sia in persona propria in egual grado col parente di semplice vincolo perchè possa escluderlo; basta che vi si trovi pel soccorso della rappresentazione negli Statuti che l' ammettono: ciò è deciso in termini formali dalla Novella, la quale dice che i figli del fratello germano del defunto escludono i fratelli del defunto congiunti da un solo lato.

§ 8. *A quali e contro quali parenti lo Statuto di Orleans accordi la prerogativa del doppio vincolo.*

Lo Statuto di Orleans, art. 330, si esprime così: *Ne' mobili ed acquisti immobili, i collaterali congiunti dai due lati del defunto escludono quelli che sono congiunti da un lato solamente, fino al grado di zii e zie, e nipoti del defunto inclusivamente.*

Non v'ha dubbio che secondo questo articolo i fratelli o sorelle germane escludono i fratelli o sorelle da un solo lato; che, quando non vi sono nè fratelli nè sorelle, i nipoti di doppio vincolo escludono tanto i nipoti di semplice vincolo, che gli zii di semplice vincolo; e che *viceversa*, allorchè non vi sono nè fratelli nè sorelle, gli zii o zie di doppio vincolo escludono tanto gli zii o zie, che i nipoti di semplice vincolo.

Si è agitata la quistione in questo Statuto, se i nipoti o le nipoti di doppio vincolo dovevano escludere i fratelli o sorelle di vincolo semplice. Lalande riporta due decisioni emanate nel nostro Statuto; la prima aveva giudicato contro la esclusione; ma la seconda, emanata dopo il 1618 in conferma di una sentenza del baliaggio, ha giudicato per la esclusione; e bisogna attenersi a questa decisione ch'è conforme alla Novella. La ragione di dubitare era, che la edizione del nostro Statuto di *Saturnin Hotot* portava queste parole: *escludono in egual grado.* La risposta è, 1.° che quand'anche essi fossero nel testo dello Statuto, dovrebbero intendersi in questo senso, *in egual grado, sia per persona propria, sia pel soccorso della rappresentazione.* Ora, i nipoti e le nipoti, quantunque sieno per se stessi parenti più lontani de' fratelli e sorelle, nondimeno pel soccorso della rappresentazione essi si trovano posti nello stesso grado, ciò che basta perchè possano escluderli. 2.° Queste parole che si trovano nell'edizione di Hotot, non si trovano in tutte le altre; e si trovano cancellate sopra l'originale esistente presso l' Hôtel-de-Ville, dove Lalande attesta aver veduto la cancellatura. Questa cancellatura non ha potuto esser fatta, che sul timore che non si credesse che si avesse voluto togliere ai nipoti ed alle nipoti, che vengono per diritto di rappresentazione, il vantaggio del doppio vincolo: deve dunque tenersi per costante che non si è voluto loro toglierlo.

Si è fatta un'altra quistione per sapere se doveva preferirsi uno zio di doppio vincolo del defunto, o un fratello o una sorella di vincolo semplice. È stato giudicato nel nostro Statuto in favore del fratello, con decisione del 1634, riportata da Brodeau. Ciò è conforme al principio generale che noi abbiamo stabilito, che il parente congiunto dai due lati ha la prerogativa del doppio vincolo soltanto sopra i parenti co' quali è in eguale grado, sia per se stesso sia pel soc-

corso della rappresentazione: non essendo adunque lo zio affatto in eguale grado col fratello, non può avere sopra questo la prerogativa del doppio vincolo, e il fratello, come più prossimo, lo deve escludere. La ragione di dubitare nasce dalla cancellazione delle parole, *nello stesso grado*, sopra lo originale; ma è più che probabile che sono state cancellate per la ragione qui sopra addotta.

§ 9. *Per quali specie di beni abbia luogo la prerogativa del doppio vincolo.*

La prerogativa del doppio vincolo non ha luogo che per la successione de'mobili ed acquisti, e non per quella de'beni proprii; la maggior parte degli Statuti ne hanno una disposizione, e questa distinzione deve supplirsi in quelli che non se ne spiegano.

La ragione sopra la quale questa distinzione si fonda è facile a comprendersi. La parentela paterna e la parentela materna, accordando l'una e l'altra egualmente diritto alla successione de'mobili ed acquisti, il parente congiunto *ex utroque latere*, che riunisce in lui queste due parentele, ha come un doppio diritto a questa successione contro il parente *ex uno latere* che ha una sola di queste due parentele. Perciò il parente congiunto *ex utroque latere* la vince sopra di lui.

Non è lo stesso della successione de' beni proprii: non vi è che la parentela dal lato donde il proprio procede che dia diritto alla successione di questo proprio: d'onde segue che alla successione di un proprio paterno, per esempio, il fratello germano del defunto non ha maggior diritto del fratello consanguineo; perchè soltanto la parentela paterna dà diritto alla successione in questo bene proprio al fratello germano, parentela che il fratello consanguineo ha egualmente che lui; la parentela materna, ch'egli ha di più del fratello consanguineo, è una parentela che non può dare alcun diritto alla successione dei beni proprii paterni; essa è intieramente estranea per questa successione: il fratello consanguineo vi ha dunque altrettanto diritto come il fratello germano; essi debbono dunque egualmente concorrere, e il doppio vincolo di parentela che uno ha sopra l'altro, non deve esservi considerato.

La prerogativa del doppio vincolo ha essa luogo nella successione de' beni proprii che non sono provenienti da alcuna linea? Per esempio, se il defunto lascia nella sua eredità un fondo che gli sia pervenuto dalla successione di uno de' suoi fratelli germani che l'aveva acquistato, questo fondo è proprio nella sua eredità, poichè gli è pervenuto da successione; ma è un proprio che non appartiene più alla linea paterna che alla materna, poichè il suo fratello che l'aveva acquistato, e dalla successione del quale gli era pervenuto, era suo fratello germano, e per conseguenza suo parente paterno e materno nel tempo stesso; la prerogativa del doppio vincolo avrà essa luogo per la successione in questo proprio? Per la negativa si può dire che la prerogativa del doppio vincolo è di dritto stretto, come abbiamo già osservato più volte; che essa non può dunque aver luogo per altri beni, se non per quelli pe'quali gli Statuti l'hanno accordata; che avendola accordata pe' mobili e per gli acquisti, non può aver luogo pei proprii. Al contrario, per l'affermativa si dirà che gli Statuti, parlando dei mobili e degli acquisti, non ne hanno parlato che per opposizione ai beni proprii di linea, e hanno inteso escludere dalla prerogativa del doppio vincolo soltanto la successione de'proprii di linea; che ciò apparisce chiaramente per poco che si faccia attenzione alla ragione della distinzione che si fa, riguardo a ciò, fra i mobili ed acquisti, e beni proprii. Questa ragione, come si è di già osservato, è che ambedue le parentele, la paterna e la materna, danno diritto alla successione de'mobili ed acquisti; donde segue, che colui che riunisce le due parentele, vi ha un doppio diritto sopra quello che ne ha una sola, e deve per conseguenza essergli preferito; in vece che una sola di queste due parentele dà diritto alla successione de'beni proprii, cioè quella dal lato donde il pro-

prio procede, l'altra non vi dà alcun diritto. Il parente che riunisce le due parentele, non ha dunque maggiore diritto alla successione de' beni proprii, che i parenti che hanno semplicemente la parentela del lato donde il proprio procede: questa è la ragione per cui non è loro preferito, e per cui il doppio legame non è considerato per questa successione; ma questa ragione non milita affatto riguardo ai proprii che non provengono più da una linea che dall'altra. Al contrario, la ragione sopra la quale è fondata la prerogativa del doppio vincolo per la successione de' mobili ed acquisti, milita egualmente per quella di questi proprii senza linea: l'una e l'altra parentela, la paterna e la materna, danno diritto a questa successione come a quella de' mobili ed acquisti; colui che riunisce le due parentele vi ha dunque un doppio diritto come a quella de' mobili ed acquisti; e per conseguenza, deve escludere in questa successione coloro che hanno soltanto una delle due parentele, come in quella de' mobili ed acquisti. Questi proprii senza linea sono, quanto alla ragione sopra la quale è fondata la prerogativa del doppio vincolo, interamente simili ai mobili ed acquisti, e interamente dissimili dai beni proprii di linea; e per conseguenza essi debbono essere compresi sotto ciò, che gli Statuti hanno ordinato per la successione de' mobili ed acquisti riguardo a questa prerogativa, e non sotto ciò che hanno ordinato riguardo a' beni proprii di linea. Guinè riporta una decisione del 1691, che ha giudicato secondo questa opinione negli Statuti di Blois.

ARTICOLO III.

Della prerogativa del sesso mascolino nella successione collaterale dei feudi.

Nella successione de' feudi in linea collaterale, il maschio nello stesso grado esclude la femmina: tale è la disposizione dello Statuto di Orleans, art. 99 Lo Statuto di Parigi e varii altri ne contengono delle simili.

Questa preferenza che hanno i maschi sopra le femmine non è fondata sopra alcun interesse delle famiglie, nè sul motivo che i maschi perpetuino le famiglie; ma sul motivo che altre volte le figlie, siccome incapaci del servizio militare, non erano capaci di possedere feudi, nè di succedervi. Le si ammisero in seguito, ma sotto riserva che i parenti maschi, quando fossero in egual grado con esse, conservassero l'antico diritto che avevano di escluderle.

Questa preferenza non ha luogo che nella linea collaterale; nella linea retta discendentale, dopo che il figlio primogenito ha prelevato la sua anteparte, i figli maschi e femmine dividono egualmente i feudi; e nella linea diretta ascendentale, la madre divide egualmente i feudi col padre, lo avo coll'avola.

Risulta dalla ragione che abbiamo data della preferenza de' maschi, che non si considera per questa preferenza, che il sesso de' parenti che si presentano in nome proprio alla successione, e non quello delle persone dalle quali essi discendono. Perciò un nipote, figlio di una sorella del defunto, che viene alla successione in nome proprio, escluderà la nipote, figlia di un fratello, quantunque questo nipote, figlio di sorella, non porti il nome del defunto, e che al contrario la nipote abbia il vantaggio di portare il nome della famiglia del defunto.

Allorquando de' parenti succedono, non per proprio diritto, ma per diritto di rappresentazione, il sesso della persona rappresentata deve considerarsi per questa preferenza, e non quello dei rappresentanti.

Di qui nasce che, se i nipoti, figli di una sorella del defunto, vengono alla sua successione per diritto di rappresentazione della loro madre, con una sorella del defunto e con delle nipoti, figlie di un'altra sorella, questi nipoti, quantunque maschi, non escluderanno dalla successione de' feudi nè la sorella nè le nipoti figlie dell'altra sorella; perchè venendo questi nipoti per rappresentazione della loro madre, il loro sesso non deve esser considerato, ma quello della loro madre, e perchè non possono avere

maggiore diritto per escludere la sorella del defunto e le altre nipoti, di quello, che ne avrebbe avuto la loro madre che essi rappresentano, e dalla quale tengono tutto il loro diritto.

Non solamente il maschio, che succede per diritto di rappresentazione di sua madre, non ha la prerogativa di escludere le sorelle e le nipoti, figlie di sorelle, ma egli stesso è escluso dalla successione de' feudi dai fratelli del defunto, come sua madre lo sarebbe stata, non potendo aver maggior diritto di quello di sua madre ch' ei rappresenta. Ciò è una seconda conseguenza della regola, che si considera il sesso della persona rappresentata, piuttosto che quello dei rappresentanti.

Queste due conseguenze non incontrano alcuna difficoltà, ed è una cosa riconosciuta da tutti, che il maschio che succede per rappresentazione di sua madre, non può trarre alcun vantaggio dal suo sesso, nè per escludere le sorelle e nipoti del defunto dalla successione de' feudi, nè per evitare di esserne escluso dai fratelli del defunto, o discendenti dei fratelli.

Vice versa, si potrà egli dedurre quest' altra conseguenza dalla nostra regola, che la figlia, la quale succede per diritto di rappresentazione di suo padre, non soffra alcun pregiudizio dal suo sesso, che la impedisca di poter succedere ne' feudi, come suo padre vi sarebbe succeduto, nè anche di poter escludere le sorelle e i discendenti delle sorelle del defunto come suo padre l' avrebbe potuto? Il nostro Statuto, art. 323, ha adottata questa conseguenza, almeno per la prima parte, decidendo che la nipote, figlia del fratello, succede ne' feudi co' fratelli del defunto; esso non le dà però il diritto di escludere le sorelle del defunto, ma non è già per causa del suo sesso, che non è punto considerato, ma per un' altra ragione che noi vedremo in appresso.

Negli altri Statuti, la quistione è imbarazzante. Vedete quanto si è detto su ciò e sulle altre quistioni che vi hanno relazione, nell' articolo della rappresentazione.

La regola da noi fissata, che deve considerarsi il sesso della persona rappresentata, e non quello dei rappresentanti, ha luogo per la divisione principale della successione, poichè i rappresentanti vengono a questa divisione non da sè stessi, ma per la persona rappresentata; si reputa in certa guisa che sieno le persone rappresentate quelle che dividono piuttosto che essi, ma nella suddivisione, siccome per loro diritto i rappresentanti suddividono fra essi la porzione devoluta al loro ramo, si deve, in questa suddivisione, considerare il proprio sesso di ciascuno de' rappresentanti.

E perciò, se più nipoti di ambi i sessi sieno succeduti al loro zio per diritto di rappresentazione del loro padre o della loro madre, nella suddivisione della porzione de' beni feudali devoluta al loro zio, i nipoti escluderanno le nipoti, perchè *ex propria persona*, per proprio diritto essi suddividono; deve dunque considerarsi il proprio sesso di ciascuno di loro. E siccome è un principio, che noi abbiamo di già visto altrove, che le stesse regole che hanno luogo per la divisione principale di una successione, hanno luogo per la suddivisione, siccome nella divisione principale di una successione collaterale i maschi escludono le femmine, parimenti nella suddivisione, i nipoti debbono, per la prerogativa del loro sesso, escludere le nipoti. Così è stato giudicato con decisione del 1717, per la successione del presidente Forget, in favore del sig. Faultray: ed essendosi dipoi rinnovata la quistione, se questa regola dovesse aver luogo nella suddivisione della porzione devoluta alla rappresentazione di una sorella, è stata egualmente giudicata in favore de' maschi di questo stipite con decisione di Duhamel del 1749.

Lebrun arreca a questa decisione un temperamento che mi sembra molto equo, ed è che, se fossero caduti nella parte di questo stipite assai più feudi di ciò che gliene spettava, ed in conseguenza meno beni ordinarii, le nipoti dovrebbero esser compensate di quanto esse avrebbero dovuto avere ne' beni ordinarii. Per esempio, io suppongo che vi fossero in una successione 40,000 lire di beni ordina-

rii, ed altrettante di beni feudali, e che essendo stati divisi tra un fratello superstite ed i rappresentanti di un altro fratello predefunto, sia caduto nella parte di questi rappresentanti un feudo di 30,000 lire, e in conseguenza soltanto 8,000 lire di beni ordinarii; le nipoti debbono essere compensate della parte che esse avrebbero nelle 12,000 lire che mancano alle 20,000, cui ammontava la metà dovuta alla rappresentazione ne'beni ordinarii.

Contro viceversa: se sono caduti in questa porzione meno feudi di ciò che spettava, e più beni ordinarii, egli è egualmente giusto di compensarne i nipoti.

I parenti collaterali non hanno questo diritto di escludere le femmine dalla successione de' feudi, se non quando sono in egual grado con esse: perchè gli Statuti dicono, *nello stesso grado*.

Basta, ch'essi siano in egual grado almeno pel soccorso della rappresentazione, quantunque non vi sieno per proprio diritto? Gli Statuti di Parigi e di Orleans hanno deciso per la negativa, volendo che il nipote, figlio di un fratello, non escluda la sorella del defunto nella successione de'feudi. Noi abbiamo trattato la quistione per gli altri Statuti nell' articolo della rappresentazione, dove noi rimettiamo il lettore.

Il parente maschio congiunto da un solo lato nei gradi ne' quali, secondo lo Statuto del luogo, la prerogativa del doppio vincolo trova applicazione, esclude egli la femmina congiunta dai due lati? In una parola, deve essere preferita in egual grado la prerogativa del sesso mascolino a quella del doppio vincolo? Si dice in favore de' maschi, che il loro diritto come più antico deve preferirsi alla prerogativa del doppio vincolo; che secondo l' antico uso in materia di feudi i maschi soli succedevano ad esclusione delle femmine, quantunque in grado più prossimo, poichè queste erano allora inabili a possederli ed a succedervi; che le femmine sono state dipoi ammesse a questa successione, ma sotto la riserva della preferenza de' maschi allorquando essi fossero in egual grado; ch' essi debbono esser conservati in questa preferenza, *finchè sono in eguale grado*; che la duplicità del vincolo che hanno le femmine più di loro, non impedisce, ch' esse sieno in eguale grado, e per conseguenza non deve impedire, che il diritto di preferenza del sesso sia loro conservato. Al contrario, si dice in favore della figlia che ha il doppio vincolo, che lo Statuto ha due principii diversi: quello che dà la preferenza al maschio sopra la femmina in egual grado, e quello che dà la preferenza al parente congiunto dai due lati, sopra quello che lo è soltanto da un lato solo; che nel caso che questi due principii si trovino in opposizione, avendo uno de' parenti la prerogativa del sesso mascolino, e l' altro quella del doppio vincolo, bisogna dare il vantaggio alla prerogativa maggiore e che merita più considerazione in materia di successione. Ora, sembra che in tale materia la prerogativa del doppio vincolo sia maggiore di quella del sesso mascolino; perchè la prerogativa del doppio vincolo è fondata nella parentela stessa, la quale si trova maggiore e forma una unione più stretta quando essa è di doppio vincolo, che quando è di vincolo semplice. Ora, una prerogativa fondata sopra la qualità della parentela stessa, la quale è ciò che devesi considerare principalmente nella successione, poichè non si succede che a titolo di parente, è una prerogativa incomparabilmente più considerevole in questa materia, che la prerogativa del sesso mascolino, che è fondata soltanto sul sesso, e sopra i vestigj di un antico diritto dei feudi il quale è abolito: la prerogativa del doppio vincolo deve dunque preferirsi. Si può aggiungere che sembra che il nostro Statuto faccia più attenzione alla prerogativa del doppio vincolo, che a quella del sesso mascolino, perchè essa non vuole che quella del sesso passi ai rappresentanti, ma quella del doppio vincolo vi passi. Finalmente la quistione è stata giudicata nel nostro Statuto a favore della sorella di doppio vincolo contro il fratello, con decisione di Saint-Memin, riportata da Levert, Lalande e da tutti gli autori. Quand' anche le ragioni allegate per l' ultima opinione non sem-

brassero interamente decisive, quelle proposte per la prima non essendolo di più, questo è il caso di attenerci alla decisione.

Ci resta da osservare, che assai mal a proposito Guiné pretende, che i termini del nostro Statuto sieno contrarj alla decisione, e che con queste parole che sono in fine del nostro articolo 330, *fuori ed eccettuato che nel feudo il maschio esclude la femmina nello stesso grado*, il nostro Statuto ha espressamente conservato ai maschi il loro diritto di preferenza pe'feudi, sopra le femmine che avessero il vantaggio del doppio vincolo. Tale affatto non è il senso del testo: lo Statuto in fine di questo articolo parla della successione de' beni proprj, riguardo alla quale esso decide, che la prerogativa del doppio vincolo non vi è considerata, ma bensì quella del sesso mascolino: e ciò vuol dire con queste parole, *fuori ed eccettuato ec.*

ARTICOLO IV.

Della successione de' beni proprj.

Noi abbiam veduto diffusamente nel *Trattato della Divisione delle Cose*, quali erano quelle che sono proprie in materia di successione.

Gli Statuti differiscono intorno alla successione de' beni proprj. Ve ne sono di quelli che rimontano fino all' origine di tali beni, vale a dire fino a quel parente che fu il primo ad acquistarli e porli nella famiglia: e questi Statuti, che rimontano fino a quest'origine, si suddividono in due classi. La prima è di quelli che si chiamano *Coutumes souchères*, come è lo Statuto della Turrena; essi conferiscono questi proprj ai soli discendenti di quel primo acquirente, che gli ha posti nella famiglia. La seconda classe è di quelli che conferiscono tali beni a tutta la parentela di questo primo acquirente che ha posto il fondo nella famiglia, e non solamente a' suoi discendenti: si chiamano Statuti *del lato e linea*, poichè in questi Statuti, per succedere ne'beni proprj, basta di essere parente collaterale di colui che ha posto il fondo nella famiglia: non è necessario di esser suo discendente.

Vi sono degli altri Statuti che non rimontano fino all'origine del proprio, ma aggiudicano indistintamente a tutti i parenti paterni i fondi che sono pervenuti al defunto dalla successione di suo padre, o di uno de'suoi parenti paterni, ed aggiudicano a tutti i parenti materni indistintamente quelli che sono pervenuti al defunto dalla successione di sua madre, o di alcuno de' suoi parenti materni, secondo questa regola, *paterna paternis, materna maternis.*

Finalmente vi sono degli Statuti che non si sono spiegati sulla successione de' beni proprj.

Si domanda quale disposizione si debba osservare in questi Statuti? Sembrerebbe a prima vista, che la qualità di proprio non dovesse, sotto questi Statuti, considerarsi nelle successioni, e che il più prossimo parente del defunto, quantunque di un' altra famiglia, diversa da quella dalla quale è pervenuto il fondo al defunto, dovesse succedervi, essendo l' erede per diritto comune colui che succede in tutte le cose che nessuna legge ha attribuito ad altri. Nondimeno, siccome l' idea generale di tutti i paesi di Statuto è di conservare i fondi proprj alle famiglie donde sono pervenuti al defunto, si è giudicato che anche negli Statuti che non si erano spiegati, la successione de' beni proprj dovesse deferirsi ai parenti della famiglia, donde essi erano pervenuti, ad esclusione di quelli che non ne erano. Vi ha una decisione in via di regolamento per lo Statuto di Chaumont in Bassigny, riportato da Gousset su questo Statuto, la quale aggiudicò un proprio di linea in questo Statuto a de' cugini materni, in preferenza del padre del defunto.

Negli Statuti che non si spiegano, si dovrà egli rimontare fino all'origine donde il proprio procede, o attenersi alla semplice regola, *paterna paternis, materna maternis*? La ragione di dubitare è, che gli Statuti che rimontano fino all' origine, e richiedono, che per succedere nei proprj si sia almeno in parentela collaterale con colui che ha messo il fondo nella famiglia, formano il maggior numero degli Statuti, e sembrano quindi costituire il diritto

comune, che deve servire di norma negli Statuti che ne tacciono; nondimeno è stato giudicato dalle decisioni riportate da Louet, Lett. P n. 28, che bisognava attenerci in questi Statuti alla regola, *paterna paternis, materna maternis*, senza rimontare più in alto. Essendo questa regola più semplice per la successione de' beni proprj, deve preferirsi negli Statuti che non si sono spiegati.

Negli Statuti che osservano la regola, *paterna paternis, materna maternis*, senza rimontare all'origine del proprio, se un fondo è pervenuto al defunto, *de cujus bonis agitur*, dalla successione del suo fratello germano, il quale lo aveva avuto egli stesso dal padre comune, i parenti paterni escluderanno essi la madre e i parenti materni? La ragione di dubitare è, che i parenti materni sono egualmente, come i paterni, parenti del germano, dalla successione del quale il fondo è pervenuto al defunto, *de cujus bonis agitur*, ciò che sembra dover bastare in questi Statuti che non rimontano all'origine del proprio. Io credo però che i parenti debbano esser preferiti. Allorchè si dice che, in questi Statuti, non si rimonta fino all'origine del proprio, ciò significa solamente che non si rimonta ad un' origine più lontana di quella del padre o della madre del defunto, *de cujus bonis agitur*; ma si deve rimontare almeno fino a queste persone; e per conseguenza nel caso presente, i parenti paterni debbano escludere i materni nella successione del proprio ch'è pervenuto al defunto, se non immediatamente, almeno mediatamente, dal suo padre, e che per conseguenza è un proprio paterno.

Negli Statuti, come sono quelli di Parigi e di Orleans, che rimontano fino al primo acquirente del proprio che l' ha posto nella famiglia, bisogna, come abbiam detto, essere in parentela almeno collaterale col primo acquirente, per poter succedere; ma fra tutti i parenti del defunto, che sono in parentela col primo acquirente, quelli che sono nel più prossimo grado di parentela succedono in questo proprio, ad esclusione di quelli che sono in grado più lontano; non si considera la prossimità del grado con questo primo acquirente, col quale basta di esser parente in qualsiasi grado, ma solamente la prossimità del grado col defunto: perciò un nipote del defunto succederà in concorso collo zio dello stesso, in un proprio posto nella famiglia dall' avo del defunto, quantunque lo zio sia più prossimo parente all' acquirente, del quale egli è figlio, di quello che lo sia il nipote, il quale è pronipote dell' avo; perchè la prossimità non è considerata riguardo al primo acquirente, ma riguardo al defunto, *de cujus bonis agitur* col quale lo zio e il nipote sono in parità di grado. Del resto basta che lo zio ed il nipote siano in parentela coll' avo, quantunque essi lo sieno in grado ineguale.

Bisogna osservare, come abbiamo già fatto di passaggio nella sezione precedente, che quantunque in questi Statuti, che non sono di quelli detti *souchères*, basti di esser parente collaterale di colui che ha posto il fondo nella famiglia, nondimeno fra i parenti che sono in egual grado col defunto *de cujus bonis agitur*, quelli che sono discesi da questo primo acquirente sono preferiti a quelli che gli sono parenti collaterali: secondo questo principio, il nipote del defunto succede in un proprio originario paterno, in preferenza dello zio paterno del defunto; perchè questo nipote discende dal padre che ha posto il fondo nella famiglia; in vece che lo zio del defunto non è che suo parente collaterale, essendo suo fratello. Per la stessa ragione, secondo l' art. 315 di Parigi, il fratello del defunto esclude, nella successione del proprio originario paterno del defunto, l'avo paterno di costui; e da questo articolo si è dedotta per conseguenza la massima sopra la quale sembra che la disposizione dell' articolo sia fondata.

Osservate ancora che negli Statuti, i quali rimontano fino a colui che ha posto il fondo nella famiglia, se il proprio vi è da sì lungo tempo che non si sappia chi ve l' abbia messo, in questo caso il più antico degli antenati, che si sappia averlo posseduto, è riputato esser colui che lo ha posto nella famiglia, e da questa persona bisognerà

essere disceso per poter succedervi, se lo Statuto è di quelli detti *souchères*, o bisognerà essere almeno in parentela collaterale, se lo Statuto è *di lato e linea* (*de coté et ligne*).

Quando non vi rimane alcun parente della linea donde il proprio procede, i parenti dell' altra linea possono essi succedervi? Per esempio, se il defunto non abbia parenti paterni, i materni potranno essi succedere ne' beni proprj paterni, e viceversa? I partigiani del fisco avevano altre volte preteso ch' essi non vi potevano succedere, e che la successione in questi proprj era in tal caso devoluta al fisco. Questo errore era prevalso in un tempo, e ve ne sono de' vestigj anche in alcuni Statuti; ma finalmente si è abbandonato questo sistema. La ragione che dee far ammettere a questa successione i parenti dell' altra linea è semplicissima.

Il più prossimo parente è per diritto comune l' erede di tutti questi beni; se egli è escluso dalla successione de' beni, che non sono della sua linea, il motivo ne è perchè la legge municipale li vincola ai parenti dell'altra linea donde questi proprj procedono: il favore di questa famiglia è la sola causa di esclusione de' più prossimi parenti che sono di un'altra famiglia; onde ne segue che, allorchè questa causa di esclusione cessa (ciò che accade quando non rimane più alcuno della famiglia in favore della quale il più prossimo parente, che è di un'altra famiglia, è escluso), l'effetto della esclusione dee cessare, *cessante causa cessant effectus:* le cose debbono rientrare nel dritto comune secondo il quale il più prossimo parente succede in tutti i beni del defunto; in una parola, lo Statuto, chiamando alla successione de' beni proprj i parenti della linea, ad esclusione dei più prossimi parenti di un' altra famiglia, stabilisce piuttosto una preferenza in favore de' parenti della linea, sopra il più prossimo parente che non è della stessa linea, in vece di una esclusione assoluta di questo più prossimo parente. Vi sono però alcuni Statuti, come quello del Manese, artic. 286, quello di Anglo e di Normandia, che chiamano il fisco in mancanza de' parenti della linea; ma sotto gli altri Statuti, che non hanno simili disposizioni, i parenti di un' altra linea debbono escludere il fisco. Io credo pure, che il fisco debba essere escluso anche negli Statuti dai quali si potrebbe indurre per conseguenza che questo diritto vi fosse stato, in tempo della loro compilazione, supposto come stabilito, e per escluderlo, basta che non sia chiamato da una disposizione formale.

È un' altra quistione, negli Statuti di lato e linea, come sono quelli di Parigi e di Orleans, se in mancanza di parenti dal lato di colui che ha recato il fondo nella famiglia, coloro che sono parenti dal lato di quello della successione, del quale il fondo è pervenuto al defunto *de cujus bonis agitur*, debbano esser preferiti a quelli dell' altra linea. Per esempio, per la successione di un proprio che proviene dal bisavolo paterno del defunto, non trovandosi parenti dal lato di questo bisavolo, i cugini paterni saranno essi preferiti alla madre o ai fratelli uterini del defunto secondo la regola, *paterna paternis?* No: la successione de' beni proprj è una eccezione al dritto comune, ed alla regola generale che attribuisce la successione a' più prossimi parenti; le leggi municipali di Parigi, di Orleans, ed altre simili, fanno questa eccezione in favore della famiglia di colui che fu il primo a recare il fondo nella famiglia; non essendo compresi nell' eccezione tutti coloro che non sono di questa famiglia, non possono disputare la successione al più prossimo parente, a cui la regola generale la deferisce.

Quanto alla regola *paterna paternis*, la risposta è che questa regola è stata più o meno limitata dai differenti Statuti: ve ne sono di quelli che chiamano tutti i parenti paterni alla successione di un proprio paterno; altri, come quelli di Parigi e il nostro, che chiamano soltanto i parenti paterni della famiglia particolare del primo acquirente donde procede il proprio. Questa opinione mi sembra più conforme ai principj, ed è pure più comune ed autorizzata dalle decisioni. Io so che *Lemaitre*, che è di avviso

contrario, riporta una decisione per la sua opinione; ma egli non ne riporta che una.

La stessa quistione può aver luogo negli Statuti che vincolano i beni proprj a' soli discendenti del primo acquirente, che gli ha posti in famiglia; si dee, secondo il nostro principio, decidere che, in mancanza di parenti discesi dal primo acquirente, succede il più prossimo parente del defunto.

CAPITOLO III.

Dell' apertura delle successioni; *come esse si acquistino, e della regola* IL MORTO IMPOSSESSA IL VIVO; *come si accettino e come si rinunzino*; *del tempo accordato all'erede per deliberare.*

SEZIONE PRIMA.

Dell' apertura delle successioni.

Non v'ha dubbio, che la successione di una persona si apre per la sua morte naturale. La successione di un assente è pure riputata aperta in capo ad un certo tempo, allorquando non si sono avute sue notizie. Succede alcune volte, che si apre la successione di una persona anche prima della sua morte naturale, cioè per la sua professione religiosa o per la sua condanna ad una pena capitale, allorquando essa lascia dei beni situati in una provincia dove il diritto di confisca non ha luogo. Noi parleremo di queste differenti maniere in tre paragrafi differenti, dopo avere prima osservato, che vi è un caso singolare, nel quale può farsi luogo due volte all'apertura della successione di una stessa persona. Ciò avviene quando un religioso è diventato vescovo: si apre una prima volta la sua successione per la sua professione religiosa, tutti i suoi dritti attivi e passivi, e i beni che aveva allora, passano ai suoi parenti ch' erano in quell' epoca capaci di succedergli; e siccome il vescovato lo restituisce alla vita civile, di nuovo si apre la sua successione per la sua morte naturale, e tutti i diritti e i beni che ha acquistati, e le obbligazioni che ha contratte dopo che è stato promosso al vescovato, passano a' suoi parenti, che sono allora capaci di succedergli.

§ 1. *Dell'apertura della successione di una persona per la sua morte naturale; e quando si reputi aperta quella di un assente di cui non si hanno notizie.*

Non può farsi quistione sopra questa materia riguardo all'apertura della successione di una persona, a cui dà luogo la sua morte naturale, quando il tempo della sua morte sia certo e conosciuto. Ma è difficile a decidersi, da qual punto debba riputarsi aperta la successione di una persona della quale non si sa nè la vita nè la morte. L' opinione più probabile è di riputare la sua successione aperta dal giorno dell'ultima notizia che si è avuta di lui; non perchè vi sia luogo di riputare, ch' egli sia morto fin da quel tempo piuttosto che in un altro, ma perchè non essendovi alcuna ragione di assegnar la sua morte a un tempo piuttosto che ad un altro, ed essendo nondimeno necessario di fissare il tempo dell'apertura della sua successione, non si può meglio fissarlo, che al tempo in cui si è cessato di aver notizie di lui; poichè, se egli non è effettivamente morto fin da quel tempo, lo è almeno per equivalenza riguardo alla società degli uomini; perchè, riguardo alla società, è presso a poco la stessa cosa, che un uomo

non esista, o che non si abbia alcuna cognizione della sua esistenza.

Non si accorda però a' parenti di un assente l' ammissione in possesso de'suoi beni subitochè si è cessato di aver notizie di lui; ma si attende un tempo bastantemente considerevole, soprattutto allorchè abbia lasciato procura ad alcuno per amministrare i suoi effetti. Questo tempo è differentemente regolato da alcuni Statuti. In quelli, nei quali non se ne parla, lo si fissa ordinariamente a dieci anni: ma quando questo tempo è scorso dopo l'ultima notizia, la sua successione è riputata aperta fin dal tempo di quest'ultima notizia; e si ammettono alla divisione provvisionale non coloro precisamente che si trovano allora capaci di succedergli, ma quelli che lo erano in quel tempo, o coloro che sono succeduti a queste persone.

Quando una persona abbia cessato di comparire dopo un combattimento in cui si trovava, non v' ha alcun dubbio, che la sua successione debba riputarsi aperta dal giorno di questo combattimento, essendovi giusta ragione di presumere che vi sia stata uccisa; e non è necessario in questo caso di attendere un tempo sì considerevole per mettere i parenti di questa persona nel possesso de'suoi beni.

Del resto, in questo caso come nel precedente, e qualunque volta non vi sieno prove certe e giuridiche della morte di una persona, i suoi parenti non debbono andare al possesso de'suoi beni di loro autorità privata; ma ottenerne possesso dal giudice del luogo dell' ultimo domicilio della persona, ed obbligarsi a restituire i beni alla persona, nel caso che ricomparisse; perchè sino a che non si hanno prove certe e giuridiche della morte di una persona, non vi è apertura certa di successione, ma solamente un'apertura presunta; e se in seguito la persona, di cui si sono divisi i beni, come di una persona morta, ricomparisce o manda sue notizie, la sua successione sarà riputata non essersi giammai aperta, e i suoi beni dovranno essere restituiti o a questa persona, se essa ricomparisce, o a quelli che si troveranno capaci di succederle in tempo delle ultime notizie che si saranno avute di lei dopo che la si era creduta morta, e che si erano divisi i suoi beni.

Vi è luogo ad un' altra specie di quistione. Quando due persone, di cui l' una sia erede dell' altra, sieno morte presso a poco nello stesso tempo, e che s' ignori quale delle due sia morta la prima, è interessantissimo di sapere quale delle due sia predefunta ed aver dato luogo per la sua morte all'apertura della sua successione. Supponiamo, per esempio, che un padre sia morto con suo figlio in un naufragio, in un combattimento, in un incendio, è importantissimo di sapere chi di essi sia morto il primo; perchè se il figlio è morto il primo, la metà de'mobili passa per la morte del padre agli eredi di lui: se al contrario egli è morto l' ultimo, il figlio sarà succeduto a suo padre in questi mobili, essi si troveranno nella sua successione, e la sua madre, come erede di suo figlio nel mobiliare, vi succederà.

Queste quistioni si decidono dietro le presunzioni che risultano dalle circostanze. In un combattimento, colui che si trovava nella vanguardia si presume, che sia stato ucciso prima di quello ch' era nella retroguardia; in un incendio, colui che si trovava in un appartamento dove il fuoco si manifestò, si presume che sia morto prima di quello che si trovava in un appartamento più lontano: se il padre e il figlio si trovavano nello stesso appartamento, o se sono periti in un naufragio, il figlio pubere, a causa dell'ordine della natura, e per essere in un'età più vigorosa, si presumerà che sia sopravvissuto a suo padre; *l.* 9, § 1. e 4; *l.* 2. ff. *de rebus dubiis*; al contrario, il figlio impubere, a causa della debolezza della sua età, si presumerà, che abbia resistito meno lungo tempo e che sia morto il primo: d. *l.* 9, § 4, e *l.* 23, ff. *cod. tit.*

Nell'uccisione della moglie di Bobè, ch'era la figlia di Dumoulin, si giudicò che la madre doveva essere stata uccisa prima de'suoi figli, uno de'quali aveva otto anni e l'altro ventidue mesi, poichè i ladri avevano interesse di disfarsi prima della madre

§ 2. *Dell' apertura della successione di una persona per la sua professione religiosa.*

La professione religiosa che fa una persona, facendole perdere la vita civile, dà luogo all'apertura della sua successione.

Bisogna perciò che tale professione sia accompagnata da tutte le condizioni necessarie per renderla valida; cioè ch'essa sia stata fatta in un ordine approvato; dopo un anno intiero di noviziato, dal giorno in cui si è prese l'abito; all'età di ventuno anni compiti per gli uomini, e diciotto per le donne, ch'essa sia stata fatta pubblicamente, e che sia avvenuta mediante un atto nella forma prescritta dall'Ordinanza; finalmente ch'essa sia stata fatta senza violenza.

Del resto, i parenti che avessero interesse che la successione non si fosse aperta fin dal tempo della professione, non sarebbero ammissibili ad allegare la violenza, se colui che ha fatto la professione fosse morto senza reclamare.

La successione di un gesuita, come quella degli altri religiosi, si apre per la professione che fa dopo il noviziato, quantunque egli possa esser congedato dalla società e ritornare al secolo. Egli è vero che l'apertura della sua successione dipende dalla condizione della sua perseveranza nella società, e che se egli è congedato prima dell' età di trentatrè anni, si presumerà che la sua successione non sia stata aperta, e i suoi beni gli dovranno essere restituiti, senza però alcuna restituzione de'frutti; ma se vi rimane fino all' età di trentatrè anni, la sua successione sarà riputata essersi aperta fin dal tempo de'suoi primi voti.

§ 3. *Dell' apertura della successione per la condanna ad una pena capitale.*

Nelle provincie, come le nostre, dove la confisca ha luogo, il condannato a pena capitale diviene, in virtù della condanna, incapace di trasmettere la sua successione, e di avere degli eredi: e perciò non si può dire che la sua condanna dia luogo alla successione.

Ma siccome vi sono delle provincie dove il dritto di confisca non ha luogo, fuorchè in caso di delitto di lesa maestà, come la Guienna, il Berry, l'Angiò, il Manese, se un condannato a pena capitale ha de' beni situati in queste provincie, la condanna ad una pena capitale, ch'è quella di morte, delle galere in vita o del bando perpetuo fuori del regno, dà luogo all'apertura della sua successione riguardo ai detti beni.

Non vi ha dubbio che la condanna a pena capitale, quando sia contenuta in una sentenza contraddittoria in ultima istanza, dia luogo all'apertura di questa successione dal giorno della data della sentenza. Se la sentenza non è in ultima istanza, il suo effetto viene sospeso fino alla conferma; se essa viene annullata o che il condannato sia morto durante l'appello, la sentenza non avrà dato luogo all'apertura della successione; ma se è confermata, la successione del condannato sarà riputata aperta dal giorno della sentenza, e non soltanto da quello della decisione; perchè dal giorno della sentenza egli ha incorso la morte civile, secondo che l'abbiam veduto nel capitolo primo.

Se la sentenza è contumaciale, e che il condannato muoja dopo i cinque anni senza essersi presentato, siccome in questo caso si reputa che abbia perduto la vita civile dal giorno della esecuzione della sentenza contumaciale, la sua successione sarà riputata aperta fin da questo giorno.

Che se egli sia morto tra i cinque anni senza essersi presentato, o che si sia presentato, o sia stato imprigionato anche dopo i cinque anni, la condanna essendo in questo caso annientata, la sua successione non s'aprirà che per la sua morte naturale, o per una nuova condanna che intervenisse.

SEZIONE II.

Come si acquistino le successioni e della regola il morto impossessa il vivo.

Secondo il diritto romano, la successione deferita ad un erede non si acquistava da lui fintanto che non l'avesse accettata, a meno che non fosse di quegli eredi che si dicono *necessarj*. Al contrario, secondo il nostro diritto francese, l'erede acquista la successione, alla quale la legge lo chiama, dall'istante stesso, che gli è deferita, e prima ancora che ne avesse la più piccola cognizione; vale a dire dall'istante della morte naturale o civile del defunto, che ha dato luogo all'apertura della successione. Ciò appunto vuol dire quella regola del nostro diritto francese che si trova nello Statuto di Parigi, art. 318, e nel nostro, art. 301, *il morto impossessa il vivo, il suo erede più prossimo è capace di succedergli* (*le mort saisit le vif, son hoir le plus proche est habile à lui succèder*).

Questa regola ha luogo in tutte le provincie del regno, e quantunque essa sia diametralmente opposta ai principj del diritto romano, non lascia di essere osservata nelle provincie del regno regolate dal diritto romano.

Ella ha luogo riguardo agli eredi testamentarj ne'paesi di diritto scritto, e negli Statuti che gli ammettono, come pure a riguardo de' legittimi.

Non è lo stesso de'legatarii universali; quantunque essi sieno in qualche cosa *haeredis loco*, non sono impossessati, e debbono domandare all'erede il rilascio de' loro legati. Lebrun dice che l'erede presuntivo, che rinunzia alla successione per attenersi al suo legato, è impossessato delle cose che gli sono legate; ciò non mi sembra vero.

Il senso di questa regola è: il *morto*, vale a dire colui della successione del quale si tratta, dall'istante della sua morte naturale o civile, che è l'ultimo istante della sua vita, *impossessa*, vale a dire si reputa che metta in possesso di tutti i suoi diritti e beni *il vivo, il suo erede più prossimo*, vale a dire quello che gli sopravvive, e che, come suo più prossimo parente, è chiamato ad essere suo erede.

L'articolo aggiunge, *capace di succedergli*, ciò che si sottintenderebbe abbastanza, quando anche non vi fosse stato aggiunto; perchè è evidentissimo, che soltanto quelli, che sono capaci di succedere, possono essere impossessati dei diritti e beni della successione. Riguardo a quelli che sono capaci o no di succedere, veggasi qui sopra.

Si reputa che l'erede sia impossessato a questo modo, non solamente della sua parte nella successione che gli è deferita per proprio diritto, ma altresì di quelle che gli si accrescono per le rinunzie de' suoi coeredi, chiamati come lui alla successione del defunto. Perciò, la legge conferisce a queste rinunzie un effetto retroattivo al tempo dell'apertura della successione; questi rinunzianti si reputa che abbiano rinunziato alla successione dal momento della sua apertura, e si reputa che il defunto pel loro rifiuto, non gli abbia impossessati delle porzioni che la legge loro deferiva, ed averne fin da quell'istante impossessato immediatamente i loro coeredi; a cui queste porzioni si accrescono.

Allorchè tutti gli eredi, che si trovavano nel grado più prossimo, rinunziano alla successione, e ch' essa venga accettata dai parenti del grado seguente, si dà parimenti un effetto retroattivo alla loro rinunzia, e si reputa che il defunto fin dall'istante dell'apertura della successione, pel rifiuto di questi eredi del più prossimo grado, abbia impossessato direttamente ed immediatamente di tutti i diritti e beni della successione quelli del grado seguente.

Parimenti, allorchè un parente più lontano, accettando puramente e semplicemente la eredità, esclude, secondo il diritto che la legge gli accorda, e come lo vedremo qui appresso, un erede beneficiario più prossimo in grado, che non ha voluto rinunziare ai

benefizio d' inventario, si reputa, che questo parente più lontano sia stato solo impossessato di tutti i diritti e beni ereditarj dall' istante dell' apertura della successione; l' erede beneficiato, che è da lui escluso, è riputato non esserlo mai stato; e se di fatti fosse stato in possesso de' beni ereditarj, si reputa esserne stato in possesso nella stessa maniera di una persona che se ne fosse impossessata senza essere erede.

Questo possesso dell' erede è una pura finzione della legge, *commentum nostri juris civilis*; si reputa che il morto impossessi in tal modo il suo erede, quantunque non abbia avuto e non abbia potuto avere alcuna volontà di farlo, per esempio nel caso della successione di un infante o di un insensato.

Vi è di più, si reputa ch' ei metta in possesso il suo erede, qualunque egli abbia avuta una volontà contraria. Per esempio, se un padre abbia diseredato ingiustamente suo figlio, e dopo la sua morte il giudice abbia cassato la diseredazione, la regola *il morto impossessa il vivo* non lascerà di aver luogo, nè si lascerà di reputare, che il padre abbia messo suo figlio in possesso de' suoi diritti e beni, quantunque egli abbia avuto una volontà contraria, essendo la sua volontà di spogliarnelo; la legge fa per lui in questo caso, malgrado lui, ciò che avrebbe dovuto fare. *Calumniantes iniquitates expellit*. Art. proem. Inst.

Perciò lo Statuto del Poitou, art. 273, dice: non si può fare per testamento o legato, qualunque sia la pena appostavi, che l' erede non abbia il possesso delle cose che il defunto teneva in tempo della sua morte. Questa disposizione non è particolare allo Statuto del Poitou, ma è una dichiarazione della regola generale *il morto impossessa il vivo*, che dev' esser seguita da per tutto.

Non vi è bisogno neppure per questo possesso di alcuna volontà per parte dell' erede, purchè però da sua parte non vi sia una volontà contraria. Perciò si reputa, ch' ei sia impossessato fin dall' istante della morte del defunto, quantunque egli non abbia ancora alcuna cognizione della di lui morte, nè per conseguenza possa avere alcuna volontà di accettare l' eredità, che non sa ancora essergli deferita, poichè la volontà suppone una cognizione di ciò che si vuole.

Per la stessa ragione un infante, un insensato, che si trova in grado di succedere al suo parente, è impossessato della sua successione, quantunque non sia capace di avere la volontà di esserlo, *cum furiosi et infantis nulla sit voluntas*.

L' erede può bensì acquistare la successione *ignorans*, ma non può acquistarla *invitus*; la sua volontà non è necessaria per questo possesso, ma la sua volontà contraria lo impedisce; questo è il senso di quest' altra massima del diritto francese, contenuta nello Statuto di Parigi, art. 361, e nel nostro, art. 335, *nessuno è tenuto ad accettare un' eredità che gli sia devoluta*. Questa regola è comune a tutti gli eredi della linea diretta e della collaterale, e noi non conosciamo eredi necessarj come ne riconosceva il diritto romano.

Il possesso dell' erede stabilito dalla regola *il morto impossessa il vivo*, è dunque sospeso fintantochè l' erede si sia deciso sul partito dell' accettazione o della rinunzia alla successione. Se egli l' accetta, il possesso ha il suo effetto; egli è riputato impossessato della successione fin dall' istante della morte del defunto; se egli la ripudia, è riputato non esserlo mai stato. Del resto, tal possesso ha questo effetto, che se l' erede muore prima di essersi deciso sopra l' accettazione o la rinunzia della successione, o prima anche, che sapesse che gli fosse deferita, egli trasmette a' suoi eredi fra gli altri suoi beni questa successione, della quale è riputato essere stato impossessato sin dal momento della morte del defunto.

Ma egli la trasmette loro colla stessa facoltà che avrebbe avuto egli stesso di ripudiarla; e se i suoi eredi giudicano a proposito, in virtù del suo diritto e nella qualità di suoi eredi, di ripudiarla, egli sarà riputato non esserne mai stato impossessato.

Vi ha di più; quando anche il parente di un grado lontano, che non poteva esser chiamato alla successio-

ne del defunto, se non per la rinunzia dell' erede in grado più prossimo, venga a morte prima di tal rinunzia; se l' erede in grado più prossimo viene in seguito a ripudiare la successione, riputandosi questo parente in grado più lontano esserne stato impossessato pel rifiuto del più prossimo fin dall' istante della morte del defunto, come l' abbiamo già osservato, egli sarà riputato averla trasmessa a' suoi eredi.

Questo possesso consiste in ciò, che tutti i diritti del defunto, e tutte le sue obbligazioni, fin dall' istante della sua morte, passano dalla sua persona in quella de' suoi eredi, i quali divengono in conseguenza, fin da quell' istante, ciascuno per la parte di cui è erede, proprietarj di tutte le cose che appartenevano al defunto, creditori di tutto ciò di cui egli era creditore, debitori di tutto ciò di cui egli era debitore, ed hanno fin da quell' istante il diritto d' instituire tutte le azioni che il defunto avrebbe avuto il diritto d' intentare, e sono soggetti a tutte quelle alle quali il defunto sarebbe stato soggetto.

V' ha di più, il che è contrario ai principj del dritto romano, ed alle idee naturali; il possesso che aveva il defunto delle cose ereditarie, sebbene sia una cosa di fatto, in forza di questa regola si reputa, che passi all' erede senza che lo prenda di fatto; egli è riputato possessore delle stesse cose che il defunto possedeva in tempo della sua morte, e nella stessa maniera, che lo era il defunto, quantunque di fatto quest' erede non le abbia giammai possedute; e può, in questa qualità di possessore, promuovere l' azione possessoria contro tutti coloro che avessero preso possesso di alcuni beni della successione, sia in vita del defunto, sia dopo la sua morte, purchè non l' abbiano ancora acquistato mediante l' uso di un anno e un giorno.

È evidente, che l' erede non può essere impossessato delle cose che il defunto non possedeva; perchè il defunto non ha potuto impossessarlo di ciò di cui non era egli stesso in possesso; non si può trasferire ad altri ciò che non si ha: ma se il defunto non gli trasmette il possesso di queste cose, gli trasmette tutte le azioni che aveva diritto d' intentare per rapporto a queste cose, e l' erede può esercitarle nello stesso modo, che l' avrebbe potuto il defunto.

L' erede non è impossessato neppure delle cose che il defunto possedeva in virtù di qualche diritto, che si estingue per la sua morte. Per esempio, l' erede del marito non è impossessato de' beni proprj della moglie, quantunque il defunto ne fosse in possesso. L' erede non è neppure impossessato di una cosa della quale il defunto godeva in usufrutto; il proprietario, che trova il suo fondo vacante per la morte dell' usufruttuario, può prenderne possesso di sua propria autorità, e l' erede dell' usufruttuario non ha alcun diritto ad impedirglielo; parimenti, se il defunto era in possesso precario di una cosa, questa specie di possesso non passa al suo erede.

SEZIONE III.

Dell' accettazione delle successioni.

Accettare una successione non è altra cosa, che palesare la volontà che noi abbiamo di essere eredi di un defunto, la cui successione ci è deferita.

Qualunque manifestazione di questa volontà, in qualsiasi specie, è una accettazione di successione.

Essa è pure e semplice quando l' erede abbia manifestata la sua volontà di essere erede senza aver ricorso al beneficio d' inventario. Quando vi ha avuto ricorso, l' accettazione è chiamata sotto beneficio d' inventario.

Noi parleremo in un primo articolo dell' accettazione pura e semplice; in un secondo di quella sotto beneficio d' inventario.

ARTICOLO PRIMO.

Dell' accettazione pura e semplice.

§ 1. *Come si accetti una successione.*

Si può accettare una successione *aut verbo*, *aut facto*: *verbo*, vale a dire prendendo la qualità di erede in qualche atto, sia dinanzi notajo, sia sotto privata scrittura. La qualità di erede, presa in una citazione o in un atto di procuratore, è pure una accettazione di successione, a meno che colui, al quale la si è data, non disapprovi l'usciere o il procuratore che gliel' ha data.

Si accetta una successione *facto*, allorchè si fa qualche cosa che suppone necessariamente in colui che la fa, la volontà di essere erede. *Pro haerede gerere videtur quid aliquid facit quasi haeres*: *l.* 30, ff. *de acq. haered.*

Perciò l' art. 336 dello Statuto di Orleans dice: *se alcuno che sia in grado di succedere prenda i beni di un defunto, o parte di essi, senza avere altra qualità o diritto di prenderli, fa atto di erede.*

Tutte le volte che taluno s' ingerisce e dispone in certo modo de' beni ereditarj, non dimostra sempre la volontà di essere erede, e ciò non è per conseguenza sempre un atto di erede: bisogna vedere con quale intenzione egli lo faccia. Se egli prende possesso di alcuni fondi ereditarj o anche di alcuni mobili che sa dipendere dalla successione, come cose che gli appartengono; se egli li vende, se li dona; se vende il taglio de' boschi: se cangia la forma degli edifizj: se nomina agli ufficj di giurisdizione: se ammette al giuramento i vassalli: non v' ha dubbio che in tutti questi casi fa atto di erede: perchè tutti questi fatti fanno supporre, ch' egli si reputi proprietario di queste cose, e per conseguenza erede del defunto; poichè egli non può riputarsi proprietario delle cose, che sa dipendere dalla successione, senonchè riputandosi erede.

Questa decisione ha luogo quando anche tali atti fossero accompagnati da protesta, ch' ei non intende con ciò essere erede; perchè queste proteste sono smentite dalla natura dell' atto stesso ch' ei fa; egli non può, per qualunque protesta che faccia di non essere erede, agire da padrone assoluto de' beni ereditarj, vendere i fondi, abbattere gli edifizj per cambiarne la forma, abbattere gli alberi di alto fusto, nel che ciò che fa è più forte ed ha la preponderanza sopra ciò che dice. Lo Statuto del Borbonese, articolo 325, ne ha una disposizione: *quando alcuno capace di succedere paga i creditori, i legati, o fa altro atto di erede, egli è riputato erede, e non può più ripudiare, per qualunque protesta, che possa fare in contrario.*

Che se l' erede s' ingerisce e dispone in certo modo de' beni della successione, non per usarne e disporne come padrone, ma solamente per conservarli, egli non fa atto di erede; perchè, quantunque non abbia diritto nè qualità, come semplicemente chiamato alla successione, di disporre dei beni ereditarj, egli ha almeno il diritto di invigilare sulla loro conservazione per l' interesse che vi ha, finchè non è deciso sul partito che prenderà.

Quindi, se un erede presuntivo prende le chiavi del defunto e s' impadronisce de' titoli, benchè prima dell' inventario, non si reputa ch' ei faccia atto di erede, secondo che è stato giudicato dalla decisione del 7 giugno 1674, riferita nel Giornale del foro: *idem*, se egli abbia fatto qualche annotazione sopra le carte del defunto, come è stato giudicato in favore di un nipote che aveva scritto sopra una cedola della successione: cedola di mio zio da ricuperarsi; tale decisione è riportata da Louet, Lett. H. Parimenti, se egli faccia fruttare i beni della successione; se faccia fare delle riparazioni istantanee, o facendo dei fitti; se venda anche certe cose della successione, che è necessario vendere, sia perchè soggette a deperimento, sia perchè occupino degli appartamenti che è necessario evacuare, egli non fa nessun atto di erede.

Non di meno, per vendere le cose della successione, o farne de' fitti, dee farsi autorizzare dal giudice domandando di fare queste cose per conservare i beni della successione, e

protestando che non intende con ciò prendere la qualità di erede. *Vide l.* 20, *pro. et* § 1, *ff. de acquir. vel omitt. haeredit.*

I nostri Statuti, dicendo che quegli che s'ingerisce e dispone de' beni della successione fa atto di erede, aggiungono con ragione, *senza avere altra qualità o diritto d' immischiarsi nei detti beni*; perchè, se egli ha un'altra qualità, che gli dia diritto d' immischiarsi e disporne, non fa atto di erede. Per esempio, se uno degli eredi presuntivi è nello stesso tempo esecutore testamentario, non farà atto di erede facendo vendere a sua istanza i mobili della successione, impiegando il danaro a pagare i debiti, esigendo ciò ch' è dovuto dai debitori della successione, facendo de' fitti ec.; perchè egli ha un' altra qualità per far tutte queste cose, diversa dalla qualità di erede; cioè quella di esecutore testamentario del defunto. Non si può dunque conchiudere da ciò che ha fatto, ch' egli abbia voluto essere erede, poichè ha potuto farlo nell' altra qualità che aveva; ciò ch' egli ha fatto non è dunque un atto di erede; imperciocchè, secondo il principio già stabilito, un fatto non è atto di erede, se non quando suppone necessariamente la volontà di essere erede in colui che lo fa e per conseguenza soltanto allorchè non ha potuto essere fatto in un' altra qualità diversa da quella di erede.

Che se uno degli eredi presuntivi del defunto fosse nello stesso tempo creditore della sua successione, o legatario, egli non lascerebbe di far atto di erede mettendosi in possesso della cosa che gli era legata o dovuta, e che si è trovata nella successione; imperciocchè la qualità di creditore o legatario non dà il diritto al creditore nè al legatario di mettersi di sua propria autorità in possesso della cosa ch' è a lui dovuta; ma solamente di domandarla a coloro che la devono, e di farsela consegnare da essi; donde segue, che l' erede, che si è messo in possesso della cosa che gli era dovuta, non avendo avuta altra qualità che gliene desse il diritto, senonchè la qualità di erede, poichè quella di creditore non glielo dava, se ne dee conchiudere che nella qualità di erede se n' è messo in possesso, e per conseguenza aver fatto con ciò atto di erede.

Su questo fondamento il nostro Statuto aggiunge .... *e supposto che gli fosse dovuta o legata alcuna cosa dal defunto, egli la dee domandare. ... altrimenti se egli prende i detti beni, o parte di essi, di sua autorità, fa atto di erede.* Lo Statuto di Parigi dice presso a poco la stessa cosa.

Allorchè i nostri Statuti dicono che colui che s'ingerisce e dispone de' beni di un defunto o di parte di essi fa atto di erede, ciò deve intendersi de' beni che si conoscono appartenere al defunto, che il defunto possedeva in tempo della sua morte come a lui appartenenti, che passano per essere della sua successione. Che se un erede presuntivo abbia disposto di una cosa che credeva di buona fede che gli appartenesse, e che ignorava appartenere al defunto, che non ne era in possesso, egli non avrà fatto atto di erede, quantunque abbia disposto d' una cosa che fosse effettivamente della successione; poichè, ignorando ch' essa fosse tale, la vendita o altra disposizione che ne abbia fatta, non racchiude la volontà di essere erede; egli non ne ha disposto come di una cosa che appartiene alla successione e nella qualità di erede. Ciò è deciso nella legge 87, ff. *de acq. haered.*

Contra viceversa. Se si è trovata fra i beni della successione una cosa che non apparteneva al defunto, l' erede, che dispose di questa cosa, credendo che essa appartenga alla successione, fa atto di erede, quantunque questa cosa, di cui dispone, non sia effettivamente della successione; imperciocchè basta ch' essa passi per tale: egli non disporrebbe di una cosa che crede esser della successione, se non se ne riputasse proprietario nella qualità di erede, il che fa supporre necessariamente in lui la volontà di essere erede, e per conseguenza è un atto di erede, ed un' accettazione della successione secondo il nostro principio. Così insegna Paolo nella legge 88, ff. *de acq. haered. Gerit pro haerede, qui animo agnoscit successionem, licet nihil attingat haereditarium. Unde et*

si domum pignori datam, sicut haereditariam, retinuit cujus possessio, qualis fuit in haereditate pro hærede gerere videtur. Idemque est et si alienam rem ut hæreditarium possedisset. Ulpiano, nella legge 21, § 1, ff. *d. tit. Interdum autem animus solus obstringet hæreditati, ut puta si re non haereditaria quasi haeres usus sit.*

Si può ancora in altri modi far atto di erede senza disporre de' beni della successione, per esempio, se un erede paga co' suoi danari un debito della successione; se soddisfa co' suoi danari i legati fatti nel testamento del defunto senza avere altra qualità, che quella di erede, perchè è evidente, che un tal fatto suppone in lui la volontà di essere erede. Non essendo tenuto a tali debiti o legati, se non in quanto dovrebbe essere erede, soddisfacendoli, manifesta abbastanza che vuole esserlo. Così insegna Alessandro Severo nella legge 2, *Cod. de jur. deliber: Cum debitum paternum te exsolvisse alleges, proportione haereditaria agnovisse te haereditatem defuncti non ambigitur.*

Non sarebbe così se l'erede avesse un' altra qualità che abbia potuto obbligarlo a far questi pagamenti; per esempio, se egli fosse esecutore testamentario del defunto, se fosse obbligato a' debiti che ha pagati in qualità di fidejussore o di condebitore del defunto, non farebbe in questo caso atto di erede; poichè avendo una altra qualità per far questi pagamenti diversa dalla sua qualità di erede, ne segue, che ciò che ha fatto non suppone in lui necessariamente la volontà di essere erede, e non dee, per conseguenza, secondo il nostro principio, passare per atto di erede.

Vi sono anche certi debiti vergognosi (*dettes criardes.*) che un erede presuntivo potrebbe per punto d' onore pagare, protestando, che pagandoli non intende fare atto di erede.

È lo stesso di alcuni legati fatti per ricompensa dei domestici, o per fare pregare Iddio pel defunto.

La cessione che una persona fa dei suoi diritti ereditarj, racchiude evidentemente la volontà di essere erede, e per conseguenza è un atto di erede: perchè questo uomo che ha ceduto il diritto che ha nella successione di un defunto, non può ceder questo diritto se non lo abbia effettivamente acquistato; perchè non si può cedere ciò che non si ha. Ora, egli non può averlo acquistato, se non accetta la successione: la cessione che ne fa suppone dunque manifestamente in lui la volontà di accettare la successione.

Non è lo stesso dell' erede che rinunzia alla successione mediante una somma che riceve da' suoi coeredi, o da coloro che sono nel grado seguente per succedere. Ciò è deciso dalla legge 24, ff. *de. acq. haered. Fuit quaestionis an pro haerede gerere videatur qui pretium omittendae haereditatis causa capit et obtinuit hunc pro haerede quidem non gerere.* . Di qui nasce la regola di diritto: *Non vult haeres esse, qui ad alium transferre voluit haereditatem, l.* 6, ff. *de R. J.* La ragione è che quegli che rinunzia alla successione mediante una somma di danaro, rinunzia il diritto che potrebbe avere anzi che cederlo; egli riceve per verità una somma per fare questa rinunzia da quelli che hanno interesse che la faccia, poichè, mediante questa rinunzia, il suo diritto loro si accrescerà o loro sarà devoluto. Ma non per ciò egli fa una cessione; egli non fa passare il suo diritto dalla sua persona nella loro, ma lo rinunzia per far loro piacere, perchè essi debbono profittare di questa renunzia, perchè questo diritto che ha rinunziato deve accrescersi loro o esser loro deferito; il contratto che fa con essi non è il contratto *do ut des, facio ut des*; egli nulla dà, ma fa una rinunzia per la quale riceve del danaro da coloro che hanno interesse, che la faccia, e che debbono profittarne.

Vi è però un caso nel quale la rinunzia che un erede fa, sia che la faccia mediante una somma di danaro sia anche che la faccia gratuitamente, dee passare per una vera cessione, e racchiude, per conseguenza, un atto di erede. Questo è il caso nel quale egli avesse dichiarato, che rinunzia a favore di uno de' suoi coeredi in preferenza degli altri. Questa rinunzia è piuttosto una cessione, che una rinunzia; perchè la sua parte pervenga ed uno de' suoi coeredi in preferenza de-

gli altri, bisogna che ne disponga in favore di costui, perché se egli non ne disponesse, se egli non facesse che semplicemente rinunziarla, essa si accrescerebbe egualmente a tutti. Ora, se egli ne dispone, accetta la successione; perchè non si può disporre, che di una cosa che abbiamo acquistato, ed egli non può avere acquistato la sua parte nella eredità di cui dispone, quando non abbia accettato tale successione.

Non è neppure un atto di erede l' ordinare l' esequie del defunto, il procedere alla vendetta della sua morte; perché questi sono doveri di pietà che si prestano verso i proprj parenti quand'anche si rinunziasse alla loro successione, e per conseguenza non suppongono necessariamente la volontà di essere erede.

Se il re abbia fatto dono agli eredi dell'ufficio del defunto, n lo tassi moderatamente a loro favore, gli eredi, che raccolgono questo dono, non fanno atto di eredi; perciocchè si reputa piuttosto che il re abbia loro fatto questo dono nella qualità di più prossimi parenti, che nella qualità di eredi, ed essi avrebbero dritto di raccoglierlo quand'anche rinunziassero alla successione.

§ 2. *Da chi la successione possa essere accettata.*

Quegli a cui é deferita una successione può accettarla, non solamente da sè stesso, ma col mezzo di procuratore. Ciò ha luogo non solamente quando il procuratore abbia procura speciale di accettare per lui la successione di un tale, ma ben anche se abbia una procura generale di accettare o di ripudiare tutte le successioni, che fossero devolute a colui che lo ha costituito suo procuratore. La procura di amministrare gli affari di un assente non si estenderebbe tanto oltre; perchè l'accettazione di una successione, che obbliga l'erede ai debiti ereditarj, che possono esser considerevoli, oltrepassa i confini di una semplice amministrazione.

Coloro che non sono capaci di obbligarsi, come sono i pupilli e gl'insensati, non possono accettare una successione; ma il tutore può accettarla pel suo pupillo, ed il curatore per le persone che sono sotto la sua curatela.

La successione deferita ad una donna maritata dev'esser da lei stessa accettata, ed ella dev'essere a ciò autorizzata da suo marito, o, sul rifiuto di suo marito, dal giudice.

Se ella ricusasse di accettarla, il marito che avesse interesse che fosse accettata, perchè il mobiliare dee cadere nella comunione, potrebbe, a suo rischio, accettarla malgrado il rifiuto della moglie che non può astenersene in frode degl'interessi della comunione di suo marito.

Allorquando un debitore insolvibile ricusa di accettare una successione opulenta, per defraudare i suoi creditori ed impedire, che sieno pagati sopra i beni che gli pervenissero da questa successione, i creditori sono ammessi ad accettarla per lui.

Non solamente colui ch'è chiamato alla successione può accettarla; ma, se egli sia morto prima di essersi deciso sopra il partito dell'accettazione o della rinunzia, gli eredi di questo erede possono per diritto proprio accettarla: ciò è una conseguenza della regola, *il morto impossessa il vivo.*

Allorchè gli eredi di questo erede hanno tra essi degl'interessi differenti sul partito dell' accettazione o della rinunzia, bisogna entrare ad esaminare ciò che sarebbe stato più vantaggioso al defunto, e far prevalere questo partito.

§ 3. *Quando possa accettarsi una successione.*

Egli è evidente, che una successione non può essere accettata quando non sia deferita; non si può dunque accettare la successione di un uomo prima della sua morte; imperciocchè non vi è successione di un uomo ancora vivente, nè per conseguenza niente che possa essere il soggetto dell' accettazione. I nostri usi hanno bensì ammesse le rinunzie alle successioni future, ciò ch'è contro la regola di dritto desunta dalla natura delle cose, *quod quis si velit habere non potest, id repudiare non potest*; *l.* 174 *ff. de*

R. J.; ma non può esservi accettazione di una successione futura. Accettare vale ricevere; non si può ricevere ciò che ancora non è. Accettare una successione, vale succedere; non si può succedere a quello che vive ancora ed occupa ancora il suo luogo.

Perciò se, dietro una falsa vociferazione della morte di una persona, il suo parente in grado di succedergli abbia assunto la qualità di suo erede, se egli siasi messo in possesso de'suoi beni, se ne abbia disposto come padrone, tutto ciò non può passare per accettazione di successione, per atto di erede; tutto ciò non lo costituirà punto erede, anche dopo la morte di tale persona, a meno che, dopo tale morte, non abbia continuato a disporne nello stesso modo. Ciò è conforme ai principj delle leggi, *neminem pro haerede gerere posse, vivo eo, cujus in bonis gerendum sit*; *l.* 37, ff. *de acq. haered. Ita demum pro haerede gerendo acquiret haereditatem, si jam sit ei delata.*

Non basta che una successione sia aperta per la morte naturale o civile di alcuno, perchè essa possa esser validamente accettata da coloro che vi sono chiamati; bisogna, oltre ciò, che essi abbiano cognizione della sua apertura, perchè la volontà suppone la cognizione di ciò che si vuole: noi non possiamo volere accettare una successione che non sappiamo essere aperta ed esserci deferita. Perciò Ulpiano dice: *haeres si putet testatorem vivere, quam vis defunctus sit, adire haereditatem non potest*; *l.* 32, *Pro.* ff. *d. tit.*

Non basta neppure che alcuno sappia che la successione è aperta, perchè possa accettarla; bisogna che sappia che egli vi è chiamato. Ciò che vale lo stesso.

Perciò il parente di un grado più lontano non può accettare una successione, finchè non conosce la rinunzia dei parenti di grado più prossimo.

Se un erede non può accettare in modo valido una successione prima che gli sia deferita, e nè anche prima che ne abbia cognizione, a maggior ragione non può accettarla dopo ch' egli se n' è escluso mediante la sua rinunzia. Ciò è evidente: avendo ricusato colla sua rinunzia al diritto che aveva di succedere, non può più accettarla, come non lo potrebbe un estraneo che non vi abbia alcun diritto. Se dunque un erede dopo la sua rinunzia si mette in possesso di alcuni beni della successione, ciò non può più passare per un atto di erede, ma per un furto che fa di alcuni beni, a'quali non aveva più alcun diritto dopo la sua rinunzia.

È sorprendente che Lebrun dica, che si può ancora in più casi far atto di erede ed accettare una successione dopo che vi si è rinunziato, purchè essa non sia stata occupata da altri. Egli cita la legge *pro haered.*, 20, §. *Papinianus* 4, ff. *de acq. haered.* e la legge 12, ff. *de interrogat.*; ma non fa riflessione che queste leggi contemplano il caso di un *suus haeres*, di un erede necessario. Questo erede, non ostante che si fosse astenuto da'beni della successione, non cessava di essere erede, acquistava solamente con ciò il diritto di non essere tenuto ai debiti; e lo perdeva, se dopo aver dichiarato che si asteneva, s'ingeriva e disponeva de'beni della successione. Questa legge non è niente applicabile fra noi; noi non abbiamo eredi necessarj, *non è erede chi non vuole*. L'erede che rinunzia, si spoglia di qualunque diritto alla successione; egli non ne conserva più alcuno, e, per conseguenza, non può più fare atto di erede.

È vero che un erede il quale, dopo la sua rinunzia, si fosse impadronito de'beni della successione, non lasciando saper nulla ai creditori, potrebbe esser condannato verso loro a pagare i debiti della successione come se fosse erede; ma sarebbe a ciò condannato per risarcimento di danni ed interessi, perchè si è ingiustamente impadronito di una successione, alla quale non aveva più alcun diritto; e non perchè avesse fatto atto di erede.

Parimenti, se una persona che ha rinunziato ad una successione sia citata come erede, e, non producendo la sua rinunzia, sia condannata a pagare il creditore della successione che ha proposto la domanda contro di lei, ella non diverrà perciò erede

dopo aver rinunziato; ma a causa dell' autorità della cosa giudicata, sarà obbligata a pagare la condanna portata dalla sentenza, come se fosse erede.

Non si può, per verità, accettare una successione dopo che vi si è rinunziato; ma se la rinunzia che una persona ha fatta fosse soggetta a rescissione per qualche ingiusta causa, essendo distrutta ed annientata la rinunzia, nulla impedirebbe che questa persona potesse accettar la successione.

Parimenti, se un minore che abbia temerariamente rinunziato ad una successione vantaggiosa, si faccia restituire, per causa della sua età minore, contro la sua rinunzia egli potrà accettarla.

Parimenti, se un maggiore sia stato obbligato a rinunziare ad una successione vantaggiosa, per lo dolo dei suoi coeredi, o de'parenti del grado susseguente, che gli hanno fatto comparire de'falsi debiti, o sottratto dei titoli, per nascondergli le forze della successione, questo maggiore, provando questo dolo e facendosi restituire contro la sua rinunzia, potrà accettare la sua successione.

Parimenti, se un debitore insolvibile in frode de'suoi creditori abbia rinunziato ad una successione opulenta, i suoi creditori fanno annullare questa rinunzia coll'azione rivocatoria di ciò ch' è fatto in loro frode, ed in conseguenza, come esercenti i diritti del loro debitore, accettano per lui e per loro profitto la successione che a lui è devoluta. In ciò il nostro diritto dà maggiore estensione a questa azione rivocatoria, che non lo facesse il diritto romano. Percioocchè, secondo il diritto romano, l'azione rivocatoria non aveva luogo che pe'beni che il debitore aveva alienati, e non per una successione o altra cosa che egli avesse mancato di acquistare, secondo questa regola: *non fraudantur creditores cum quid non acquiritur a debitore, sed cum quid de bonis diminuitur*; *l.* 134, *de R. J.*, ed altrove, *qui occasione, acquirendi non utitur, non intelligitur alienare*; *veluti qui haereditatem omittit*; l. 28, *ff. de verb. signif.* donde conchiudono: *qui repudiavit haereditatem, non est in ea causa ut huic edicto locum faciat.*

Osservate, che quando i creditori di un erede insolvibile abbiano fatto cassare la rinunzia che egli ha fatta della successione, come fatta in frode dei suoi creditori, e del diritto che essi avevano di esser pagati sopra i beni deferiti al loro debitore, questa rinunzia è cassata soltanto in favore dei detti creditori ed in loro concorso, e non in concorso dell'erede che ha rinunziato. Perciò se la successione cui ha rinunziato, si trova più opulenta che non lo si credeva, e che la parte di questo rinunziante, dopo la successione liquidata, si trovi ammontare a 12,000 lire, mentre non ne doveva che 10,000, egli non potrà pretendere le 2,000 lire che si trovano avanzare dopo i crediti soddisfatti; perchè la rinunzia è valida in quanto a lui, ed i coeredi profitteranno di queste 2,000 lire.

§ 4. *Dell' effetto dell' accettazione di una successione, e della restituzione contro l' accettazione.*

L' effetto dell' accettazione di una successione è, secondo che noi abbiamo osservato sopra la regola *il morto impossessa il vivo*, che colui, che l'ha accettata, è riputato essere fin, dall'istante della morte del defunto, per la parte della quale è erede, proprietario di tutto ciò, di cui era proprietario il defunto, creditore di tutto ciò di cui era creditore, debitore di tutto ciò di cui era debitore, quand'anche i debiti eccedessero di molto i beni ereditarj.

Un altro effetto dell' accettazione della successione è, che quegli, che l'ha accettata, è riputato succedere fino da quel tempo, non solamente nella parte alla quale era chiamato per proprio diritto, ma anche alle tre parti, che gli si accrescono in seguito per le rinunzie de'suoi coeredi; questo accrescimento si fa malgrado lui, e per conseguenza non può evitare di esser tenuto ai debiti per le parti, che gli si accrescono. Così c'insegna Cajo: *Qui semel aliqua ex parte haeres extiterit, deficentium partes etiam invitus excipit*; *l.* 53, § 1, *ff. de acq. haered.*

Ciò ha luogo quand'anche l'erede, dopo avere accettata la successione per

la sua parte, fosse morto prima che i suoi coeredi avessero rinunziato; perciocchè i detti coeredi venendo in seguito a rinunziare, le loro parti si accrescerebbero a quella che egli ha trasmesso nella sua successione: *Portio enim deficiens portioni ejus qui adivit magis quam personae accrescit.*

Sono effetti ancora dell'accettazione: 1.º Che il figlio, il quale ha accettato, sia soggetto alla collazione delle cose che gli sono state donate, come lo vedremo nel capitolo seguente; 2.º Che l'erede che accetta sia tenuto alla collazione de'legati che gli fossero stati fatti; 3.º Che il figlio, che ha accettato, non possa pretendere alcun assegno *(douaire)* secondo la regola che non si può essere erede e *douairier*.

L'erede che ha accettato una successione nella sua età minore, può farsi restituire contro la sua accettazione, quando gli sia pregiudizievole. Ciò ha luogo a meno che non siasi fatta la ratifica della accettazione dopo che egli è divenuto maggiore; perchè la ratifica fatta in maggiorità impedisce la restituzione. Non bisogna prendere per ratifica ciò che fa il minore dopo ch' è divenuto maggiore, allorchè ciò fosse una conseguenza della sua accettazione. Per esempio, se un minore abbia accettato nella sua età minore una successione, quantunque dopo che sia giunto ad esser maggiore abbia ristorati i beni di questa successione, o ne abbia fatto pagare i debiti, non si dee riguardare ciò come una ratifica ed un' approvazione volontaria dell'accettazione fatta nella sua età minore, ma come una conseguenza necessaria di tale accettazione, come l'adempimento di un dovere al quale questa accettazione l'obbligava fino a che non avesse ottenuta la restituzione. E perciò le leggi decidono, ch'ei non dev'essere escluso dalla restituzione: tal è il senso del famoso § *Scio* della legge 3, ff. *de minor.*

Il maggiore non è facilmente ammesso a farsi restituire: nulladimeno egli vi sarebbe ammesso, se provasse che i creditori, che avevano interesse di fargli accettare la successione, abbiano usato del dolo e modi indebiti per indurlo a ciò fare. Vi sono anche delle decisioni le quali, in circostanze straordinarie, quantunque non vi fosse stato dolo, hanno discaricato i maggiori dalla loro accettazione: ma da queste decisioni non si può tirarne delle conseguenze.

Per effetto della restituzione contro l'accettazione di un'eredità, quegli che è restituito, viene liberato da tutte le obbligazioni che ha contratto colla sua accettazione, coll' obbligo però ch'ei renda un esatto conto di tutto ciò che gli è pervenuto de'beni della successione. Per esempio, è liberato dal pagamento dei debiti, de'legati ed altri pesi della successione. Se è un figlio del defunto, è liberato dall'obbligazione della collazione delle cose che gli sono state donate; egli può domandarne il suo assegno particolare (*douaire*) del quale avea fatto confusione mediante la sua accettazione.

Del resto, non ostante la restituzione, egli rimane sempre, secondo la sottigliezza del diritto, erede, giusta la regola *qui semel haeres, semper haeres.* E perciò la porzione dei diritti ereditarj di colui che si è fatto restituire contro la sua accettazione, non si accresce a' suoi coeredi malgrado essi. Abbandonando questa porzione ai creditori essi non saranno tenuti ai debiti ed altri pesi della successione per questa porzione, ma solamente per quelle delle quali sono eredi per proprio diritto. Ciò viene deciso nella legge 61, ff. *de acq. haered.* Nondimeno essi possono, se lo giudicano a proposito, prendere questa porzione assumendosi tutti i debiti e pesi della successione; *l.* 98, ff. *de tit.*

ARTICOLO II.

Dell'accettazione della successione col benefizio d' inventario.

Il beneficio d' inventario è un beneficio che l' Imperator Giustiniano, colla legge 22, *Cod. de jure deliber.* accorda agli eredi di non esser tenuti sopra i loro proprj beni ai debiti della successione; e di non fare confusione dei diritti che potrebbero avere contro la successione, a condizione però che facciano, nel termine

e nella maniera prescritta, un inventario fedele ed esatto di tutte le cose delle quali la successione è composta.

L'accettazione col beneficio d' inventario è quella fatta dall' erede, il quale ha ricorso a questo beneficio, a differenza di quella fatta dall'erede che non vi ricorre, la quale è chiamata accettazione pura e semplice. Colui che ha accettato in questa maniera, si dice *erede sotto benefizio d'inventario*, o *erede beneficiato*.

§ 1. *Della natura dell' accettazione sotto beneficio d' inventario.*

L'accettazione sotto beneficio d'inventario differisce dall' accettazione pura e semplice soltanto in ciò, che essa dà all'erede il beneficio di non essere tenuto ai debiti della successione sopra i suoi proprii beni; e di non confondere i crediti che ha contro la successione; e perciò essa l'assoggetta a render conto de'beni ereditarii verso i creditori. Del resto essa produce gli altri effetti che produce l' accettazione pura e semplice.

L'erede che ha accettato col beneficio d' inventario è parimenti riputato, come l'erede puro e semplice, in possesso della successione fin dallo istante che si è aperta: egli è vero erede, vero proprietario de' beni ereditarii.

Da ciò nasce, che il figlio erede beneficiato non lascia di esser tenuto verso i coeredi alla collazione delle cose che gli sono state donate, come i suoi coeredi vi sono tenuti verso lui. Da ciò nasce, che quando egli si rende aggiudicatario de'beni della successione beneficiata, egli ritiene anzi che acquista, e per conseguenza non deve profitto, come l' abbiamo visto nel *Trattato de'Feudi*.

§ 2. *Un testatore può egli proibire che il suo coerede abbia ricorso al beneficio d' inventario?*

Lebrun sopra questa quistione riporta più decisioni, che hanno giudicato, tanto pei paesi di diritto scritto che per quelli consuetudinarii, che il testatore non poteva far questa proibizione. Queste decisioni lo hanno anche giudicato per gli eredi testamentarii. La ragione è che, quantunque un testatore possa istituir il suo erede sotto quelle condizioni che gli pajono buone, nondimeno esse non possono esser contrarie alle leggi: ora, tale sarebbe la condizione che gli proibisse di ricorrere al beneficio d' inventario, poichè gli proibirebbe ciò che la legge gli vuole accordare. La quistione dev'esser anche meno soggetta a difficoltà riguardo agli eredi legittimi, i quali tengono dalla legge la loro qualità di eredi, e non dal defunto.

§ 3. *Quali cose si richiedono pel beneficio d'inventario.*

La prima cosa richiesta pel beneficio d' inventario, sono i rescritti regi che si rilasciano dalle cancellerie dei Parlamenti.

Bisogna però, riguardo a ciò, distinguere i paesi di diritto scritto e i paesi di diritto statutario.

Ne' paesi di diritto scritto, qualunque erede, facendo inventario nel termine e nella maniera che prescrive la legge 22, Cod. *de jur. delib.*, può godere di tal beneficio, senza che faccia d' uopo per ciò ottener de' reali rescritti. La ragione è, che questa legge, come le altre leggi romane, avendo, per la permissione del re, forza, autorità e carattere di legge in queste provincie, un erede non ha bisogno di ricorrere al re per ottenere da lui un beneficio che la legge gli accorda.

Al contrario, in un paese di diritto statutario, l'erede, per godere di questo beneficio, deve ottenerlo dal re con rescritti che si rilasciano nella grande Cancelleria; perchè la legge di Giustiniano che accorda questo beneficio, non ha forza o carattere di legge nel paese di diritto statutario. Essa non può dunque dargli questo beneficio; e bisogna che si ottenga dal re.

Nondimeno vi sono alcuni Statuti che accordano espressamente il beneficio d'inventario: tali sono quelli di Brettagna, di Berry ed altri. Bisogna decidere che in questi Statuti i rescritti reali non sono necessarii, per la stessa ragione che non lo sono nel paese di diritto scritto.

Tale è il sentimento di d'Argentrè che, sullo Statuto di Brettagna, dice: *Non igitur quod Franci faciunt a principe obtinendum, quod . . . . jure communi omnibus licet et jure consuetudinario ab ipso principe approbato.* Tale è pure il sentimento di Molineo sullo Statuto di Berry; vi sono pure alcuni Statuti che dichiarano espressamente, che tali rescritti non sono necessarii, come è quello di Sedan.

Non è lo stesso negli Statuti, che parlano per verità del beneficio d'inventario, ma senza accordarlo espressamente come sono gli Statuti di Parigi e di Orleans: non vi ha dubbio, che bisogna ottenere i rescritti in questi Statuti per godere del beneficio. Perciocchè quantunque questi Statuti parlino del beneficio d' inventario, essi però non l'accordano; essi non ne parlano, se non perchè suppongono tale pratica in uso: sotto questi Statuti l' erede non tiene tal beneficio dalla legge municipale, che non l'accorda con alcuna disposizione; bisogna dunque ch'egli l'ottenga dal re.

I rescritti debbono essere approvati dal giudice a cui sono indirizzati, che deve essere il giudice del luogo in cui la successione si è aperta. Questa approvazione si ordina sulle conclusioni del procuratore del re.

Questi rescritti debbono essere ottenuti ed approvati prima, che l' erede abbia fatto alcun atto di erede; perche se egli avesse preso una volta la qualità di erede, essendo divenuto obbligato verso tutti i creditori della successione, il rescritto di beneficio di inventario non può più servirgli; perchè questo rescritto può bensì permettergli di accettare la successione senza obbligarsi sopra i suoi proprii beni verso i creditori, ma non può liberarlo dall'obbligazione che ha contratto verso loro, quando essa sia già stata contratta; avendo i creditori acquistato il dritto, non possono più esserne spogliati. Il re, accordando una grazia ad alcuno, non ispoglia giammai un terzo di un diritto che egli ha acquistato.

Che se l'erede, senza essersi ingerito, nè aver disposto de'beni, avesse assunto la qualità, non di erede semplice, ma di erede beneficiato, e che avesse ottenuto rescritto poco dopo, non si riguarderebbe questa dichiarazione, che egli ha fatta, quantunque prima che si fosse ottenuto il rescritto, come un' accettazione pura e semplice, che gl'impedisse di ricorrervi, ma come una semplice dichiarazione dell' intenzione che aveva di ottenerlo.

Semprechè l' erede non abbia ancora assunto la qualità di erede, nè fatto atto di erede, egli è sempre in tempo di ottener questo rescritto; nondimeno Imbert pretende che esso debba ottenersi nell'anno della morte, senza di che bisogna inserirvi una clausula che sani tale mancanza. Io non credo che ciò si osservi; del resto sarebbe assai facile d'inserirvi tale clausola.

Allorchè vi sono più eredi che vogliono esserlo con beneficio d'inventario, basta che uno di loro ottenga un rescritto e lo faccia approvare, e che gli altri, in virtù di una loro domanda, lo facciano dichiarare comune con loro.

Dell'inventario.

Sia che l'erede ottenga il rescritto quando la successione si è aperta nei paesi dove esso è necessario, sia che non l'ottenga quando la successione si è aperta nelle provincie dove non è necessario, egli è evidente che deve fare un inventario de' beni ereditarii per godere del beneficio d' inventario, il quale non è chiamato beneficio d' inventario, che per questa ragione.

La notorietà pubblica che il defunto non abbia lasciato mobili, non è una ragione che possa dispensare l' erede di fare inventario; quando egli vuole godere del beneficio, deve, nel caso che il defunto non ne lasciasse effettivamente alcuno, fare un processo verbale che comprovi, che non se ne sono trovati, e che tenga luogo d' inventario. Tale è il sentimento di Lebrun.

Secondo la legge di Giustiniano, quando l'erede è sopra i luoghi, deve cominciare l'inventario entro i 30 giorni a contare da quello in cui ha avuto cognizione, che la successione gli era deferita, e compirlo entro 60 altri; quando egli è lontano ha un anno a

contare dal giorno della morte del defunto.

Ne' paesi di diritto statutario non vi è tempo stabilito per far questo inventario, ed io penso ch'egli sia sempre in tempo, finchè l'erede non abbia disposto de'beni della successione.

È pure indifferente che l'inventario si faccia prima o dopo che si sono ottenuti i rescritti.

L'art. 128 dell'Ordinanza del 1629, che ordina che l'erede faccia apporre i suggelli prima dell' inventario non è in uso, come non sono in uso altri articoli di questa Ordinanza.

L'inventario deve farsi avanti notajo, e deve contenere la descrizione di tutti i mobili e di tutti i titoli della successione. Però l'ommissione di alcune cose che avessero potuto sfuggire alla cognizione dell'erede, non lo fa decadere dal beneficio.

La cosa non anderebbe così se i creditori provassero che esso gli avesse nascosti o con mala fede omesso di descriverli, essendo stato giudicato, che in questo caso l'erede doveva decadere dal beneficio. La decisione è riportata da Brodeau, Lett. H., n. 24, e da Le Prêtre: più Statuti ne hanno delle disposizioni. Questo sentimento è giustissimo, quantunque sembri, che la legge di Giustiniano si contentasse in questo caso della pena della restituzione del doppio contro l'erede.

Quando i creditori si fanno conoscere, per esempio opponendosi al suggello, quando ve ne ha, l' inventario deve farsi in loro concorso, o debbon esservi debitamente chiamati. La Novella prima vuole pure che vi si chiamino i legatarii, che si trovano sul luogo.

Del resto, non è necessario che questo inventario sia conchiuso e firmato dinanzi il giudice.

La stima non è neppure necessaria, quando poco dopo si è fatta una vendita pubblica de' mobili, che ne comprova il valore.

§ 4. *Dell'amministrazione dell' erede beneficiato.*

L'erede beneficiato è incaricato di amministrare i beni della successione e di render conto della sua amministrazione ai creditori.

Egli deve dunque far pagare i debitori della successione, interrompere le prescrizioni, far rinnovare i titoli, affittare i fondi, far fare le riparazioni, sostenere le liti per ragione de'beni ereditarii, tanto quelle cominciate vivente il defunto, che quelle che potessero nascere.

Si esige buona fede in questa amministrazione; ma non si esige altra diligenza fuori di quella, di cui è capace, e che è solito usare ne'suoi proprii affari; e perciò egli non è tenuto verso i suoi creditori, che della colpa lata in questa amministrazione, *de lata culpa*. In ciò l'erede beneficiato è differente dagli amministratori de' beni altrui: questi sono tenuti della colpa leggiera, *de levi culpa*. La ragione è che non debbono ingerirsi nell'amministrazione de' beni altrui, se essi non sono capaci della cura e diligenza necessaria per bene amministrarli; in vece che l' erede beneficiato è amministratore de'suoi proprii beni. E perciò non si deve esigere da lui altra diligenza fuori di quella di cui è capace.

§ 5. *Di ciò che deve osservare l'erede beneficiato circa la vendita de' beni della successione.*

Gli articoli 344 di Parigi e 342 di Orleans proibiscono all'erede beneficiato di vendere i mobili della successione, senonchè pubblicamente ed all' incanto, dopo averne fatto dare l'avviso all' uscir della messa parrocchiale nella parrocchia del defunto, e l' apposizione degli affissi tanto alla porta della parrocchia, quanto a quella della casa del defunto.

L' inadempimento di queste solennità non fa decadere l'erede dal beneficio d' inventario; ma è solamente tenuto, perchè non le ha adempiute, ai danni ed interessi de' creditori, risultanti dall'essersi potuto vendere i mobili più di ciò che sono stati stimati, e questi danni ed interessi consistono nel far pagare all'erede l'aumento della stima o *parisis de la prisée*, che è il quarto oltre la stima.

Ma se l'erede non ha venduto i mo-

bili, e sia in istato di consegnarli in natura, non è soggetto ad alcuna pena, a meno che non fossero deteriorati e diminuiti di valore; perciocchè in questo caso sarebbe tenuto a quanto si stimerebbe essere deteriorati e diminuiti di prezzo. Riguardo agli immobili, il nostro Statuto ordina che non può venderli senza le solennità prescritte da' regolamenti che li riguardano.

L'erede che vende i fondi della successione senza osservar queste formalità, corre due specie di rischi:

1°. Egli si espone a perderne il prezzo, nel caso che lo paghi a creditori posteriori ad altri in ipoteca: perchè nel conto che renderà, i creditori anteriori, che egli non conosceva in tempo del pagamento che ha fatto, saranno in diritto di ricusare d' approvargli le somme che avrà pagate ai creditori posteriori, salvo a lui il suo regresso contro questi creditori posteriori, che per la loro insolvibilità, possono non essere in caso di restituire.

Si potrebbe anche dubitare, se egli avesse regresso contro essi; perchè un creditore che ha ricevuto ciò che gli era dovuto da una persona che glielo ha pagato per ed in nome del debitore, non è soggetto a restituzione. Ora, questo creditor posteriore ha ricevuto ciò che gli era veramente dovuto dall'erede, per ed in nome della successione beneficiata, la quale n' era veramente debitrice; dunque sembra seguirne ch'egli non sia soggetto a restituzione. Ciò non ostante, siccome l'erede beneficiato non è, in faccia de'creditori della successione, se non come una specie di sequestratario o di amministratore, il quale, pagando, col prezzo de'fondi ereditarii che ha venduti, i creditori della successione, ha intenzione di pagare quelli che hanno diritto di riceverlo, si deve facilmente presumere nel pagamento che loro fa, la condizione tacita, ch'ei loro fa questo pagamento se essi sono i primi creditori, e coll'obbligo per parte loro di restituire, se comparissero in seguito dei creditori anteriori. Siccome può esservi difficoltà se questa condizione ch ha sottintendersi, l'erede che paga on deve mancare di esprimerla.

2.° Il secondo rischio che corre l'erede beneficiato che vende i fondi ereditarii non giudizialmente, è che si espone ai regressi di garentia per parte dei compratori, che possono soffrire evizione in virtù delle azioni ipotecarie de'creditori della successione.

Ciò è da temersi non solamente per parte dei creditori anteriori, ma anche nel caso che il prezzo fosse servito a pagare gli anteriori. Ciò è da temersi per parte de'posteriori i quali, trovando che il valore del fondo eccede il prezzo per lo quale è stato venduto, potrebbero anche privarne gli acquirenti offrendosi di rimborsarli del prezzo che fosse servito a pagare i creditori anteriori.

§ 6. *Primo effetto del beneficio d'inventario, che consiste nel non esser tenuto l'erede verso i creditori sopra i suoi proprii beni, se non fino alla concorrente somma del valore de'beni ad esso pervenuti.*

Quantunque l'erede beneficiato sia per verità un vero erede ed un vero successore del defunto, nondimeno l'effetto del beneficio d'inventario è di farlo considerare, verso i creditori della successione, piuttosto come un amministratore della eredità, che come il vero erede e proprietario dei beni di essa.

Perciò, siccome un amministratore allorchè ei si è obbligato o è stato condannato in questa qualità, non può esser costretto sopra i suoi proprii beni a pagar la somma, cui è condannato nella detta qualità, ma soltanto sopra i beni di cui ha l'amministrazione, e che perciò non è tenuto ad altro, che a dar conto di ciò che ha dei detti beni; così l'erede beneficiato non può esser costretto a pagare sopra i suoi proprii beni a' creditori della successione le somme cui si fosse obbligato, o per le quali fosse stato condannato in questa qualità.

Egli non è tenuto che a render loro conto de'beni della successione che ha fra le mani. Se, in questo caso, egli è residuario di qualche somma, in tal caso può esser costretto sopra i suoi proprii beni fino alla concorrenza di questa somma; ma se egli non è residuario di alcuna somma, i

creditori non possono procedere ad alcuna esecuzione sopra i suoi beni, ma solamente sequestrar quelli della successione che sono in natura, sieno mobili, sieno immobili. In questo conto l'erede dee porre nell'avere il prezzo de' mobili che ha venduti, e le somme che ha riscosse o dovuto riscuotere tanto dai debitori che dalle rendite de' beni ereditarj. Nel conto delle spese mette quelle che ha fatte pe' funerali del defunto, per l'inventario, pe' suggelli, se ve ne sono stati, e per la loro rimozione, per la vendita, ec.

Non si debbono approvargli le spese dei rescritti di beneficio d'inventario e della loro approvazione, perchè queste spese lo riguardano, e sono fatte pel suo interesse personale, e non per quello della successione.

Gli si devono approvare le spese che ha fatto per far valere i fondi della successione, per le riparazioni necessarie, per le liti quantunque non vi sia riuscito, a meno che non le avesse intentate e sostenute senza ragione e temerariamente.

Si deve approvargli ciò che ha pagato per l'uno per cento dovuto per la successione, pe' profitti feudali di riscatti, secondo che abbiamo stabilito nel nostro *Trattato de' Feudi*, dove abbiamo trattato tale quistione.

Finalmente gli si approva tutto ciò che ha pagato ai creditori della successione chiunque sieno, ed anche ai legatarj. I creditori, ai quali l'erede ha reso conto, non possono contestare all'erede i pagamenti che ha fatti a' creditori più diligenti, ed anche a de' legatarj, purchè coloro, ai quali ha pagato, fosser veramente creditori e legatarj, e che quando l'erede gli ha pagati, coloro a' quali rende tal conto non avessero ancora fatto sequestro nelle sue mani.

Questi creditori che han tardato a fare le loro diligenze, non hanno nè pur regresso contro i creditori di loro più diligenti che hanno ricevuto ciò che loro era dovuto. Questi debbono profittare della loro vigilanza; non avendo ricevuto, se non ciò che era loro dovuto, non sono soggetti a restituzione.

Non è lo stesso de' legatarj che l'erede beneficiato abbia pagati; se risultasse dalla discussione di ciò che rimane de' beni ereditarj, che alcuni creditori non potessero esser pagati del totale de' loro crediti, la successione avrebbe in questo caso azione contro i legatarj, per ripetere le somme che loro sono state pagate, non potendo un testatore validamente legare oltre le forze della sua successione.

Perciò i creditori, come aventi l'esercizio delle azioni della successione, potrebbero agire contro i legatarj per ripeter tali somme; ma non potrebbero, come abbiamo già osservato, molestar l'erede beneficiato che le ha pagate in buona fede.

Che se i creditori a' quali l'erede beneficiato rende conto, avessero fatto delle diligenze, se si fossero, per esempio, opposti ai suggelli, alla vendita dei mobili, o avessero fatto de' sequestri, in questo caso essi non sarebbero obbligati di approvare all'erede beneficiato ciò che avesse pagato ad altri creditori o ai legatarj in loro pregiudizio. E perciò quando vi sono più creditori opponenti o sequestranti, l'erede beneficiato non dee pagare, quando non abbiano fatto stabilire fra loro chi deve ricevere.

Si domanda se il figlio, erede beneficiato insieme co' suoi fratelli e sorelle, sia obbligato di tener conto ai creditori delle somme che suo padre gli ha donate fra vivi. La ragione di dubitare è, che un erede, quantunque beneficiato, è veramente erede, e per conseguenza soggetto alla legge della collazione. La ragione di decidere al contrario è, che non è obbligato di tenerne conto ai creditori; ch' egli per verità è soggetto alla legge della collazione, ma verso i suoi coeredi solamente; che gli Statuti ve lo obbligano soltanto verso tali coeredi per mantenere l'eguaglianza tra i figli, ma non verso i creditori, il diritto de' quali si limita sopra i beni ereditarj, di cui le cose donate fra vivi non fanno parte, poichè il donante se n'è spogliato in sua vita. Si dirà che, per la collazione, le cose donate sono riputate rientrate nella successione. La risposta è, che se esse sono riputate rientrare nella successione,

ciò avviene per finzione, che per verità esse non ne fanno parte, poichè il defunto aveva cessato di esserne proprietario, che le finzioni debbono giovare soltanto a quelli pe' quali esse sono state stabilite: d'onde nasce, che essendo la collazione stabilita soltanto in favore de' figli coeredi, e non in favore de' creditori, questi non possono profittarne.

L'erede beneficiato deve egli tenere conto ai creditori della parte che ha nella collazione delle cose donate al suo coerede, che deve fargli questo coerede? Si potrebbe dire che vi è in questo caso una maggior ragione di dubitare; che questo erede beneficiato, in favore del quale il suo coerede ha fatto collazione di una somma che gli è stata donata, non ha partein questa somma conferita, se non per causa della successione, e perchè egli è erede. La ragione di decidere al contrario è, che questa somma non appartiene veramente alla successione, poichè il defunto non l'ha lasciata nella sua successione; ciò che basta perchè i creditori non possano pretendervi alcun diritto, avendone soltanto sopra i beni ereditarj, mediante il favore del beneficio d'inventario.

Risulta da questi principj, che se due figli eredi del loro padre, lo sono l'uno e l'altro col beneficio d'inventario, i creditori ereditarj nulla hanno a pretendere sopra ciò ch'è stato donato tra vivi dal defunto, sia all'uno sia all'altro figlio.

Ma se il figlio donatario è erede beneficiato, e l'altro figlio che non ha ricevuto niente è erede puro e semplice, se quest' ultimo sia insolvibile, e non voglia, in frode de' suoi creditori, usare del diritto che ha di far conferire in suo favore la somma che suo fratello ha ricevuta, i creditori ereditarj che, per l'accettazione pura e semplice di questo figlio che non ha niente ricevuto, sono divenuti suoi creditori per la metà de' loro crediti, come pure gli altri creditori proprj di questo figlio, potranno, come aventi l'esercizio dei diritti del loro debitore, esigere dal figlio donatario la collazione che il loro debitore avrebbe diritto di esigere: perchè egli ha acquistato un diritto, di cui non può far remissione in frode de' suoi creditori.

Che se ciascuno di loro ha ricevuto, ne succede una compensazione fino alla debita concorrenza, e quegli che ha ricevuto più non dee la collazione che dell' eccedente; per esempio, se il primo ha ricevuto 30,000 lire, ed il secondo 20,000, il primo non dee conferire che 10,000 lire, e perciò ne dovrà soltanto 5,000.

§ 7. *Del secondo effetto del beneficio d'inventario che consiste in ciò, che non sieno confusi i diritti e le azioni che l'erede aveva contro il defunto.*

Dal principio che noi abbiamo stabilito qui sopra, che il beneficio di inventario separa, a riguardo de' creditori, la successione dalla persona dell' erede che l'ha accettata con questo beneficio, e lo fa considerare piuttosto come il sequestratario e l'amministratore di questa successione che come il vero erede, ne risulta questa seconda conseguenza, che l'erede, accettando la successione col beneficio d'inventario, non confonde i diritti e le azioni che aveva in testa propria contro il defunto, e continua ad avere i suoi diritti ed azioni contro la successione, nello stesso modo, che l'amministratore de' beni di una chiesa, di un pupillo, conserva i diritti e le azioni che ha contro la chiesa o contro il pupillo, di cui amministra i beni.

Ciò viene espressamente deciso nella legge *Scimus* che ha stabilito il beneficio d'inventario: *Si ipse aliquas contro defunctum habeat actiones, non has confundantur, sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam.* Questo secondo effetto del beneficio d'inventario non è che una conseguenza del primo: se l'erede beneficiato non è tenuto sopra i proprj beni ai debiti del defunto, ciò ch'è il primo effetto del beneficio d'inventario, ne segue necessariamente che non dee confondere i suoi crediti contro il defunto; perchè se i debiti, cui il defunto era tenuto verso lui, si estinguessero colla sua accettazione del-

la successione con beneficio d' inventario, ne nascerebbe, che l' erede pagherebbe i debiti del defunto sopra i suoi proprj beni, poichè li pagherebbe per la confusione de' suoi crediti che sono suoi proprj beni.

Secondo questi principj, l' erede beneficiato può senza rinunziare ed abbandonare i beni della successione beneficiata, esser pagato sopra il prezzo de' mobili ed altri denari ereditarj, de' crediti che egli ha contro la successione, per contributo cogli altri creditori sequestranti ed opponenti; può anche essere graduato secondo il grado delle sue ipoteche sopra il prezzo di aggiudicazione di un fondo della successione beneficiata e riscuotere il prezzo della sua graduazione, come è stato giudicato con decisione di Maran Vauxjour del 1618, riportata dai comentatori.

Per la stessa ragione si dee decidere, che se il defunto avesse venduto un fondo appartenente a colui ch' è divenuto di poi suo erede beneficiato, questo erede potrà rivendicare il suo fondo, senza che il possessore possa escludere la sua azione, opponendogli che egli è succeduto nell' obbligazione di garantia, di cui era tenuto il defunto che ha venduto il fondo; perciocchè egli replicherà, che non essendo erede del venditore, se non col beneficio d' inventario, non è tenuto sopra i suoi proprj beni delle sue obbligazioni, nè per conseguenza di questa obbligazione di garentia; che perciò essa non può escludere l' azione di rivendicazione che ha in testa propria, e che ha per oggêtto i suoi proprj beni. Perciò, in questo caso, il giudice farà ragione sull' azione di rivendicazione che intenta in testa propria, e lo condannerà, come erede beneficiato del venditore, a' danni ed interessi del possessore risultanti dall' evizione, dei quali questo possessore evitto si farà pagare sopra i beni della successione beneficiata.

Per la stessa ragione, l' erede beneficiato, ch' è nel tempo stesso creditore ipotecario del defunto, potrà intentare l' azione d' interruzione ed anche l' azione ipotecaria contro i detentori, che hanno acquistato de' fondi del defunto posteriormente alle sue ipoteche, salvo a questi possessori di ottener contro di lui, nella sua qualità di erede beneficiato, una condanna di danni ed interessi che essi eserciteranno sopra i beni della successione beneficiata.

§ 8. *Del terzo effetto del beneficio di inventario che consiste nel potere rinunziare ai beni della successione.*

Il terzo effetto del beneficio d' inventario è, che l' erede beneficiato può, se gli par bene, rinunziare alla successione abbandonando i beni ai creditori, e rendendo loro conto dell' amministrazione, che ne ha avuto fino all' abbandono che ei ne fa.

Questo effetto è ancora una conseguenza del primo, perchè essendo tenuto ai debiti e pesi della successione soltanto sopra i beni di questa successione, ne segue che deve essergli permesso di procurarsi una liberazione totale abbandonandoli.

L' erede beneficiato che fa questo abbandono dee rendere ai creditori ed ai legatarj un conto della sua amministrazione. Circa ciò che dee ammettersi nelle partite di credito e debito, vedete ciò che abbiamo detto al § 6.

Riputandosi che siasi l' erede beneficiato obbligato a questo conto dal giorno che ha accettato la successione beneficiata, vale a dire, dal giorno che ha fatto approvare il suo rescritto, è in conseguenza dal giorno di tale approvazione che i creditori della successione beneficiata hanno ipoteca sopra i beni di questo erede, pel conto ch' ei dee render loro.

Quando l' erede beneficiato sia morto prima di aver fatto questo abbandono, i creditori hanno essi ipoteca anche per le degradazioni e dissipazioni sopravvenute dopo la sua morte? Lebrun decide di sì: la ragione è, che il diritto che hanno i creditori di farsi render conto di tutta la successione beneficiata, e per conseguenza anche delle dissipazioni e degradazioni sopravvenute dopo la morte dell' erede, procede dall' obbligazione che questo erede beneficiato ha verso loro incontrato fin dall' istante che si è messo in possesso de' beni della succes-

sione, di loro conservarli, o di pagare i loro crediti.

Quando vi sono due eredi beneficiati che abbiano diviso insieme i beni ereditarii, ciascuno è tenuto di conservare soltanto ciò ch'è caduto nella sua parte; e non ciò ch'è caduto nella parte dell' altro; riputandosi che ciascuno sia succeduto nella sua parte, di questa soltanto deve essere risponsabile.

La rinunzia che fa l'erede beneficiato è piuttosto un abbandono dei beni ch'ei fa ai creditori, che una rinunzia della successione: imperciocchè l'accettazione che ha fatto della successione, quantunque col beneficio d'inventario, avendolo reso erede, ei non può più spogliarsi di questa qualità, *qui semel haeres semper haeres*. È vero che abbandonando i beni, e non essendo tenuto, in conseguenza del beneficio d'inventario, alle obbligazioni del defunto, non conserva, che un vano nome ed un chimerico titolo di erede, *nudum nomen et vanum titulum haeredis*; ma nondimeno non si può dire che non sia erede.

Di qui nasce la quistione di sapere, se il figlio erede beneficiato che ha rinunziato, resti soggetto verso i suoi coeredi alla collazione di ciò che gli è stato donato dal defunto? Io penso, che si debba decidere, contro l'opinione di Lebrun, che vi sia soggetto. La ragione di dubitare è, che questa rinunzia, come abbiamo detto, è un semplice abbandono de' beni della successione che non lo spoglia della qualità di erede, di cui si è rivestito colla sua accettazione, quantunque fatta col beneficio d'inventario, e non lo libera per conseguenza dall'obbligazione della collazione annessa a questa qualità. I termini della legge *Scimus*, che oppone Lebrun, il quale è di opinione contraria alla nostra, *nihil ex substantia sua penitus amittant*, non hanno relazione, che ai creditori della successione a cui la legge non permette di compensarsi sopra i proprj beni dell'erede. Questa legge non è stata fatta, che per liberare l'erede verso i creditori ed i legatarj: essa non dee dunque andar più oltre, e non deve estendersi sino a liberare l'erede dall'obbligazione della collazione verso i suoi coeredi, poichè essa non è stata fatta per questo caso. Il beneficio d'inventario consiste nel separare la persona dell'erede dalla eredità, ed a far sopportare i debiti ereditarj dalla eredità stessa, e non dalla persona dell'erede; ma l'obbligazione della collazione non è una obbligazione della successione, ma un'obbligazione propria dell'erede, quantunque essa dipenda dalla condizione della sua accettazione; e, per conseguenza, l'erede ne può esser tenuto sopra i suoi proprj beni, non ostante l'abbandono che ha fatto di quelli della successione. Aggiungete, che questa collazione che stabilisce l'eguaglianza tra i figli è estremamente favorevole ne' paesi di Statuti, avendola stabilita la maggior parte de' nostri Statuti anche nel caso di una vera rinunzia alla successione. Finalmente la nostra opinione si trova autorizzata da una decisione del 1682 riferita nel Giornale del Foro.

Non è lo stesso del figlio che si fa restituire contro l'accettazione della successione. *Vedetene* la differenza nel capitolo seguente.

§ 9. *Contro quali creditori abbia luogo il beneficio d'inventario.*

Il beneficio d'inventario ha luogo contro qualsiasi creditore.

L'Ordinanza del Rossiglione, dell'anno 1563, art. 16, ne ha eccettuato il re, proibendo che gli eredi dei contabili possano servirsi di questo beneficio per ciò che il defunto doveva al re: la ragione n'è, che non si reputa, che il re accordi anche contro di sè tale beneficio.

Le decisioni hanno esteso il caso di questa Ordinanza a quello delle successioni de' commessi dei contabili. Si è anche esteso colla decisione di Bastard, del 1618, alla successione di un ricevitore di depositi. La decisione è riportata da Brodeau, Lett. H., n. 18.

Gli eredi di queste persone sono esclusi dal beneficio d'inventario soltanto per ciò che il defunto doveva per ragione del suo impiego; essi possono farlo valere contro gli altri creditori.

ARTICOLO III.

Della preferenza che gli Statuti accordano all' accettazione pura e semplice, sopra l' accettazione col beneficio d' inventario.

§ 1. *Origine di questa preferenza, e sopra che essa sia fondata.*

È un dritto anticamente stabilito ne' paesi di Statuto, che il parente, quantunque in grado più lontano, il quale offre di accettar puramente e semplicemente la successione di un defunto, sia preferito al parente in grado più prossimo di lui, il quale l' abbia accettata col beneficio d' inventario. Ciò apparisce da quanto ne dice Masuer: *Si ille qui est proximior, vult succedere per beneficium inventarii, alius existens in ulteriore gradu volens succedere simpliciter, præfertur favore defuncti, creditorum, et legatariorum.*

Molti Statuti ne parlano; quelli di Parigi e di Orleans hanno delle disposizioni per limitarlo, e lo sopportano per conseguenza come un diritto anticamente stabilito. Perciò vi è luogo a pensare, che questa preferenza debba aver luogo negli Statuti, che non se ne sono spiegati.

A riguardo delle provincie regolate dal diritto scritto, questa preferenza, ch' è di pura istituzione francese, non vi è in uso. Bisogna convenire, che essa è assai bizzarra, e che sembra ingiusto che un parente sia privato di una successione che gli è deferita da un parente più lontano, perchè ha fatto uso di un beneficio che gli era presentato dalla legge stessa.

Masuero, di cui abbiamo riportato il testo, c' insegna le ragioni sopra le quali è fondato questo diritto cioè, *favore defuncti, creditorum et legatariorum.*

1. *Favore defuncti.* Si è trovato che l' accettazione pura e semplice faceva molto più onore alla memoria del defunto, che un'accettazione fatta col beneficio d' inventario. Quando la successione del defunto è accettata con questo beneficio, siccome il carattere proprio di questo beneficio è di far considerare separata la successione dalla persona dell' erede, di separare i beni ed i debiti ereditarj da' beni e dai debiti dell' erede, i creditori possono vendere a tromba i beni della successione come beni del defunto, ed a causa dei debiti del defunto, ciò che è disonorante per la di lui memoria. Questo disonore non è da temersi, quando la successione del defunto è stata accettata puramente e semplicemente, perchè con quest' accettazione pura e semplice i beni del defunto divengono beni dell' erede. E perciò, se i creditori fanno sequestrare e vendere i beni, non sono più i beni del defunto che sono sequestrati, ma quelli dell' erede; nè più pe'debiti del defunto, che sono divenuti quelli dell' erede, ma per quelli dell'erede. L' onore del defunto, che non è più in nome, rimane al coperto; questa accettazione pura e semplice è dunque assai più vantaggiosa alla sua memoria. Colui che accetta la successione in questo modo, ne è dunque assai più degno di quello, che ha ricorso al beneficio d' inventario; l' onore che egli fa alla memoria del defunto prevale sulla prossimità del grado. Il voto naturale di tutte le oneste persone è, che i loro debiti sieno pagati: si dee presumere, che tal fosse il voto del defunto, e per conseguenza, se egli avesse potuto essere interrogato quale preferirebbe per erede, se quello il quale con una accettazione pura e semplice assicura la soddisfazione de'suoi debiti, o quello che col beneficio d' inventario li mette in rischio di non essere soddisfatti, non v' ha dubbio, ch'egli avrebbe preferito per erede quello che accetta puramente e semplicemente. La legge, la quale deferendo le successioni, non fa che supplire alla volontà dei defunti, dee dunque pure preferirlo.

2.° *Favore creditorum.* I creditori di buona fede meritano, che si soccorra loro; e per conseguenza, che si preferiscano per eredi quelli che con un' accettazione pura e semplice assicurano il pagamento de' loro crediti.

3.° *Favore legatariorum*, dice Masuero. Come ciò? Poichè, malgrado che l' accettazione sia pura e semplice,

i loro legati non saranno pagati, se non si trova abbastanza con che pagarli ne' beni della successione, essendovi in ciò una differenza tra i legatarj ed i creditori. Ciò è vero; nondimeno l' accettazione pura e semplice dell' erede è più vantaggiosa ai legatarj, poichè, finchè l' erede puro e semplice non giustifica, che non vi è con che pagare i legati ne' beni della successione, finchè non gli abbandona ai legatarj, può esser costretto al pagamento, anche sopra i suoi proprj beni, in vece, che non si può procedere sopra i beni dell' erede beneficiato.

§ 2. *Quali eredi beneficiati possano essere esclusi dagli eredi puri e semplici.*

Soltanto gli eredi collaterali possono essere esclusi da un erede puro e semplice. Gli Statuti di Parigi, artic. 342, e di Orleans, art. 348, spiegano così: *l' erede in linea diretta che accetta l' eredità col beneficio di inventario, non è escluso da altro parente che si dichiara erede semplice.*

La ragione di tale differenza tra i figli e i collaterali è sensibile: i nostri beni non sono dovuti a nostri collaterali; la successione di un collaterale è una buona fortuna. La legge può dunque in questa successione preferire quello che procura il bene de' creditori della eredità, e che fa più onore alla memoria del defunto; ma essa non può egualmente privare i figli di una successione che loro è dovuta per legge naturale.

Quantunque questa ragione non militi riguardo agli ascendenti, nondimeno la successione de' figli, che loro è deferita *in solatium orbitatis*, è sì favorevole, che non debbono esserne esclusi da un erede puro e semplice, allorchè essi l' hanno accettata col beneficio d' inventario. Non si dee fare loro perdere il corpo e i beni, come si dice volgarmente, *afflicto non debet addi afflictio.*

Questa distinzione tra la linea diretta e la collaterale è fondata sopra ragioni sì naturali e sì favorevoli, che essa dee supplirsi negli Statuti che preferiscono indistintamente l' erede semplice al beneficiato. Tale è l' avviso di Lebrun.

Negli Statuti che non si sono affatto spiegati sopra questa esclusione, e dove essa non ha luogo, se non perchè è di diritto comune ne' paesi di Statuto, non v'ha dubbio, ch'essa non ha luogo riguardo agli eredi della linea diretta. Così è stato giudicato per lo Statuto di Troyes, con decisione riportata da Dufresne nel Giornale delle Udienze, e per lo Statuto del Poitou, con decisione riportata da Montholon.

L' erede convenzionale, quantunque collaterale, non dev' esser soggetto all' esclusione; perchè essendogli dovuta la successione per la legge del suo contratto di matrimonio, non si deve spogliarlo. Vi sono però alcuni Statuti che decidono il contrario.

§ 3. *Quali persone possono escludere l' erede beneficiato rendendosi eredi semplici.*

Non è necessario per potere escludere l' erede beneficiato di esser parente in egual grado di lui, nè di essere chiamato unitamente con lui alla successione; un parente, quantunque in grado più lontano, che offra di essere erede puro e semplice, può escluderlo. Ciò si rileva dal testo qui sopra riportato: *alius existens in ulteriore gradu.*

Più Statuti se ne spiegano espressamente, come quelli di Melun, di Peronna, di Lilla, del Nivernese, ec. I nostri di Parigi e di Orleans non lo dicono espressamente, ma lo suppongono facendo una eccezione alla regola riguardo al minore, e decidendo, che il minore non può escludere un erede beneficiato più prossimo in grado: questa eccezione suppone la regola che, tranne il caso di minor età, il parente più lontano puo escludere il più prossimo.

Non v' ha dubbio che un estraneo non può escludere l'erede beneficiato.

Quantunque il superstite dei due conjugi abbia diritto di succedere al predefunto in mancanza di parenti, nondimeno questo conjuge non ha diritto di escludere un parente erede beneficiato del defunto, offrendo di

essere erede puro e semplice. Il conjuge superstite soltanto per un diritto singolare e per escludere il fisco, è ammesso a succedere al predefunto in mancanza di parenti. Quando ve ne sono, egli è estraneo a questa successione, e non può aver il diritto di escludere i parenti.

Non basta sempre di essere parente per aver questo diritto. Quando si tratta di una successione di beni proprj bisogna essere parente della famiglia, alla quale la successione di questi proprj appartiene; e quantunque un parente del defunto di un' altra famiglia abbia diritto di succedere al defunto in questi proprj, in mancanza di parenti della famiglia dalla quale sono pervenuti, nondimeno egli non ha il diritto di escludere i parenti della famiglia che hanno accettata l' eredità col beneficio d' inventario: imperciocchè appartenendo questa successione de' proprj alla famiglia donde essi procedono, il parente del defunto di un' altra linea è estraneo a tale successione. Egli vi è talmente estraneo, che si dubitava altre volte se, in mancanza di parenti della famiglia, poteva succedervi. Un parente, quantunque in grado più lontano, può escludere un parente di un grado più prossimo; ma bisogna, che sia parente in uno stesso ordine di parentela, e che non vi sia altra differenza fra essi senonchè nel grado. Lo Statuto del Nivernese se ne spiega con questi termini *il che s' intende quando egli è della stessa linea e non altrimenti*.

Per una simile ragione è stato giudicato, che l' erede testamentario, il quale, negli Statuti che gli ammettono, accetta l' eredità col beneficio d' inventario, non può essere escluso da un parente che si dichiarasse erede puro e semplice *ab intestato*; poichè non può esservi luogo alla successione *ab intestato* sintanto che ve ne ha una testamentaria, e che questi eredi sono fra essi in un ordine differente. Nondimeno lo Statuto di Berry permette questa esclusione; ma essa deve essere ristretta al territorio.

Vi è maggiore difficoltà di sapere, se un erede testamentario possa essere escluso anche da un erede dello stesso ordine e testamentario come lui? La ragione di dubitare è che, venendo alla successione *ex expresso judicio defuncti*, sembra non dover essere soggetto ad una esclusione fondata sopra semplici ragioni di convenienza, e sopra una presunzione della volontà del defunto, il quale avrebbe preferito quello che accettasse puramente e semplicemente la sua successione a colui che l' accettasse col beneficio d'inventario. Nondimeno Lebrun pensa, che fra gli eredi testamentarj, il puro e semplice deve escludere il beneficiato.

Si domanda se la sorella, offrendo di essere erede semplice possa escludere i suoi fratelli eredi beneficiati dalla successione de' feudi. Molineo, nella sua nota sopra lo Statuto di Parigi, decide che non lo può: *Non puto quod ipsa posset excludere eos adeundo simpliciter, quinimino sufficit quod ipsi veniant ad successionem ut ipsa sit exclusa*. Lebrun è di opinione contraria a Molineo, ed io credo che egli abbia ragione. La ragione, che adduce Molineo, proverebbe, che un parente in grado più lontano non può escludere un più prossimo, e ciò non ostante non v' ha dubbio, che lo può. Che se la prossimità del grado non impedisce la esclusione, *a fortiori* il vantaggio del sesso mascolino non deve impedirla; imperocchè questo vantaggio è minore di quello della prossimità del grado poichè gli cede; e poichè una donna parente di più prossimo grado è preferita al maschio parente in grado più lontano.

Lebrun aggiunge, che non solamente i fratelli possono essere esclusi dalla sorella del defunto, ma che essi possono esserlo da una zia e da una cugina: ciò che mi sembra vero.

La quistione, se il parente di doppio vincolo possa essere escluso da un parente di vincolo semplice, si decide collo stesso principio. Questo vantaggio è minore di quello della prossimità del grado: per consegnenza, poichè la prossimità del grado non impedisce, che l' erede beneficiato sia escluso dal parente più lontano, *a fortiori* il vantaggio del doppio vincolo non impedisce, che sia escluso da un parente di vincolo semplice.

La regola, che il parente più lontano che si dichiara erede semplice esclude il parente più prossimo erede beneficiato, riceve un' eccezione a riguardo de' minori : gli Statuti di Parigi e di Orleans dicono che il minore, il quale si dichiara erede semplice, non può escludere l' erede col beneficio d' inventario, che è in più prossimo grado.

La ragione per cui si è dato, riguardo a ciò, minor diritto al minore, che al maggiore, è facile a comprendersi : avendo il minore il beneficio della restituzione contro l' accettazione che fa della successione, la sua accettazione, quantunque pura e semplice, non renderebbe la condizione de' creditori migliore, e non assicurerebbe il pagamento dei debiti più che lo assicurò l' accettazione beneficiata. Perciò non si deve accordargli sì facilmente la preferenza sopra l' accettazione beneficiata.

Ma se il minore offrisse di prestare cauzione ai creditori, ch' egli non si fa restituire contro la sua accettazione pura semplice, è stato giudicato, che, in questo caso, egli doveva essere ammesso ad escludere l' erede benefiziato in grado più prossimo : la ragione è, che, in questo caso, riparando la cauzione al difetto della sua età minore, la sua accettazione pura e semplice, assicurando in questo caso la soddisfazione dei debiti ereditarj siccome l' assicurerebbe l'accettazione fatta da un maggiore, egli deve avere lo stesso diritto del maggiore.

Lo Statuto proibendo al minore di escludere l' erede beneficiato più prossimo, permette tacitamente che possa escludere quello ch' è nello stesso grado di lui ; perchè, quantunque la sua accettazione non renda niente migliore la condizione de' creditori, non si può nondimeno non convenire, che essa fa tanto onore al defunto quanto un'accettazione beneficiata, e per conseguenza, *caeteris paribus*, essa deve prevalere.

Basterebbe egli al minore erede semplice di essere nello stesso grado mediante il soccorso della rappresentazione, per escludere l' erede beneficiato ? Io credo che no. Lo Statuto proibisce, che possa escludere l' erede beneficiato *che è in più prossimo grado* ; basta, che questo erede beneficiato sia realmente *nel più prossimo grado* per non poter essere escluso.

Rimane da osservare sopra questa materia, ch' è stato giudicato con decisione riportata da Brodeau , Lett. H , n. 1, che i creditori di un parente che aveva avuto diritto, dichiarandosi erede semplice , di escludere un erede beneficiato più prossimo, e che non vuole usar di questo diritto, non possono più esercitarlo per lui. Si è riguardato questo diritto di salvare l' onore del defunto come personale a' parenti, e non suscettibile di essere esercitato da altri : d' altronde non può dirsi, che questo erede ricusi di accettare la successione puramente e semplicemente per defraudare i suoi creditori, poichè se ne trovano altri che giudicano necessaria la precauzione del beneficio d' inventario.

§ 4. *Quando e come l' erede semplice escluda l' erede beneficiato , e come l' erede beneficiato possa evitare di essere escluso.*

Il nostro Statuto , *art.* 340, prescrive il tempo di un anno, nel quale possono dichiararsi gli eredi semplici all' effetto di escludere l' erede beneficiato , ed esso fa decorrere questo tempo *dal giorno dell' accettazione col beneficio d' inventario*, vale a dire , come dicono altri Statuti, dal giorno che l' erede beneficiato ha presentato e fatto approvare il suo rescritto.

La maggior parte degli Statuti, che si sono spiegati sopra questo tempo, hanno prescritto lo stesso termine di un anno, salvo quello del Bearnese che lo limita a sei mesi. Quindi io penso, che questo termine di un anno debba aver luogo negli Statuti, che non si sono spiegati sopra il tempo durante il quale i parenti fossero ammessi al beneficio dell' esclusione, perchè questo è il diritto più comune.

Essendo questo diritto di escludere l' erede beneficiato una specie di retratto della successione, che l' erede semplice esercita sopra l' erede beneficiato, lo Statuto ha prescritto per esercitarlo lo stesso termine di un anno, che ha luogo pe' retratti.

Non basta per escludere l'erede beneficiato, che il parente, che lo vuole escludere, dichiari nel detto termine d' un anno, che si rende erede semplice; bisogna, oltre ciò, che nel detto termine significhi questa dichiarazione all' erede beneficiato. Ciò è prescritto del nostro *articolo* 340.

L'erede beneficiato, al quale questa dichiarazione è notificata, dee, se vuole conservare la successione, rinunziare al beneficio d' inventario e dichiararsi erede semplice.

Lo statuto di Orleans, *art.* 341, gli accorda il termine di 40 giorni per rinunziare a questo beneficio dal giorno che un altro *si sarà dichiarato erede semplice*, vale a dire dal giorno, che un altro gli avrà notificato, che si costituiva tale.

Questo termine di 40 giorni non è fatale, perchè l' erede beneficiato, che in questo tempo di 40 giorni non ha rinunziato al beneficio di inventario, ne sia escluso: bisogna che colui che vuole escluderlo lo citi, subito spirati i 40 giorni, davanti il giudice del luogo dove la successione si è aperta, ed ottenga una sentenza che lo dichiari decaduto dalla successione. Fino a questa sentenza di condanna è sempre permesso all' erede beneficiato, quantunque dopo i 40 giorni spirati, di conservare la successione dichiarando che rinunzia al beneficio d' inventario, e che si rende erede semplice.

Il sig. Beauharnais pensava che questo erede, anche dopo la sentenza che lo dichiarava decaduto, interponendo appello da questa sentenza, avesse la stessa facoltà in grado di appello, rimborsando le spese. Il contrario è stato però giudicato con sentenza del 3 dicembre 1667.

Negli altri Statuti, che non si sono spiegati sopra il termine, che ha l'erede beneficiato per deliberare su l'accettazione della successione, rinunziando al suo beneficio, questo termine deve essere accordato ad arbitrio del giudice, davanti il quale questo erede beneficiato sarà stato citato da quello che vuole escluderlo.

§ 4. *Dell'effetto dell' esclusione dell'erede beneficiato fatta dall' erede semplice.*

Siccome presso di noi si reputa che qualunque erede sia stato impossessato della successione fin dall' istante della morte del defunto, secondo la regola *il morto impossessa il vivo*, ne nasce che l' erede beneficiato che è escluso, dee riputarsi non essere mai stato impossessato, ed aver posseduto senza diritto di proprietà i beni della successione; e che al contrario si reputa, che l' erede semplice, che lo ha escluso, sia stato impossessato dei diritti e beni della successione fin dall' istante della morte, pel rifiuto dell' erede beneficiato di dichiararsi erede semplice, al quale rifiuto si attribuisce un effetto retroattivo al tempo dell' apertura della successione.

L' erede beneficiato, ch' è stato escluso dall' erede semplice, è riputato per verità non esser mai stato erede, nè proprietario de' beni ereditarj, ma non si può non convenire, ch' egli ne sia stato almeno l' amministratore e che ne abbia avute le facoltà fintanto che l' erede semplice si sia presentato.

Di qui nasce, che ciò ch' egli ha fatto rapporto a' beni ereditarj durante questo tempo, deve essere ritenuto fermo e valido, allorquando ciò che ha fatto non eccede i limiti di una amministrazione; e che, al contrario, tutto ciò ch' egli ha fatto, e ch' eccede i limiti di un' amministrazione, non è valido. Per esempio, i pagamenti stati fatti all' erede beneficiato fino al tempo della sua esclusione sono validi, quand' anche questo erede beneficiato fosse divenuto insolvibile; parimenti gli affitti che ha fatti de' fondi ereditarj, i contratti, che ha fatti per le riparazioni ch' erano da farsi, sono validi, purchè questi contratti sieno stati fatti senza frode; imperciocchè esigere ciò che debbono i debitori, far degli affitti e de' contratti, sono tutti atti di amministrazione, che non eccedono il potere di un amministratore.

Non v' ha dubbio nè anche che la vendita delle cose soggette a deperimento e de' frutti fatta dall' erede beneficiato sia valida; perchè la vendita di queste cose appartiene ancora all' amministrazione.

Sembra non essere lo stesso della vendita degli altri mobili ereditarj: questa vendita sembra eccedere i limiti di un' amministrazione, secondo

la legge 63, ff. *de procurat*: *Procurator totorum bonorum res domini neque mobiles, vel immobiles, sine speciali mandato alienare potest; nisi fructus, aut alias res quae facile corrumpi possunt.* E perciò, se egli gli ha venduti senza incanto, vi è luogo a sostenere, che l' erede semplice che lo ha escluso, potrebbe rivendicare queste cose contro i possessori fra le cui mani egli le trovasse, ciò che può nondimeno soffrire qualche difficoltà.

Ma se l' erede beneficiato ha fatto vendere i mobili con vendita pubblica, la fede pubblica di questa vendita pone gli acquirenti e quelli che loro fossero succeduti al coperto da tutte le azioni per parte dell' erede puro e semplice, che non ha altro diritto in questo caso, che di farsi rendere conto del prezzo dall' erede beneficiato.

Parimenti, gl'immobili ereditarj, che sono stati venduti giudizialmente sulla domanda dell' erede beneficiato, non possono essere rivendicati dall' erede puro e semplice che lo ha escluso: la sentenza ha purgato il diritto di proprietà di questo erede puro e semplice, che non ha altro diritto, che quello di farsi render conto del prezzo dall' erede beneficiato. Non si può dire, che il decreto fatto sulla domanda dell' erede beneficiato, sia stato fatto *super non domino*; perchè questo erede beneficiato, se non era vero proprietario, almeno era proprietario putativo e possessore *animo domini*, ciò che basta perchè la sentenza fatta sulla sua domanda sia valida.

Che se l' erede beneficiato avesse venduto senza incanto un immobile della successione, non v' ha dubbio, che l' erede puro e semplice, che lo ha escluso, potrebbe rivendicarlo. Lebrun però crede, che non lo potrebbe, se non nel caso in cui il prezzo fosse stato dissipato dall' erede beneficiato escluso, il quale fosse divenuto insolvibile; ma che se egli è solvibile, l' erede semplice non debba avere altro diritto, che di agire contro di lui per farsi restituire il prezzo. Io non vedo sopra che questo sentimento di Lebrun possa essere fondato; e non vedo egualmente perchè l'impiego del prezzo convertito nel pagare i debiti della successione debba escludere l' erede semplice dalla sua azione di rivendicazione; questo impiego obbliga solamente a tener conto del prezzo ch' è stato in tal modo impiegato.

A maggior ragione l' erede semplice può rivendicare ciò ch' è stato donato dall' erede beneficiato escluso; perchè non v' ha cosa che ecceda tanto i limiti dell' amministrazione quanto una donazione. Quindi io penso, che l' erede semplice avrebbe la rivendicazione anche delle cose mobiliari che l' erede beneficiato avesse donato, se le trovasse fra le mani di alcuno.

Lebrun è però di avviso contrario, e pensa ch'egli ha azione soltanto contro l'erede beneficiato per farsene pagare il valore, ma io non vedo perchè la rivendicazione gli sarebbe ricusata.

Dal principio, che l' erede beneficiato escluso non sia mai stato erede nè proprietario de' beni della successione, segue ancora, che se egli abbia ricusato di riconoscere il signore donde provengono i feudi della successione o lo abbia oltraggiato, non ha potuto per questo far cadere i beni in confisca; perchè non evvi che il vero proprietario del feudo che possa farli cadere in confisca, e perciò il signore non potrà ricusare d' investire l' erede puro e semplice che si presenterà al giuramento, e di far rimuovere i sequestri ch' egli ne avesse fatti.

L' erede beneficiato escluso dall' erede semplice nella successione, dee rendergli conto di ciò che glien' è pervenuto.

Questo conto deve esser formato in entrata ed uscita, come quello che un erede beneficiato rende ai creditori, allorchè giudica a proposito di abbandonare i beni della successione

Lebrun vi trova una differenza: egli pensa, che l'erede beneficiato che dee rendere conto ai creditori dei frutti e rendite de' beni ereditari allorchè glieli abbandona, non ne dee render conto all' erede puro e semplice, dal quale egli è escluso; poichè questo erede beneficiato in faccia sua è un possessor di buona fede de' beni della successione, che aveva titolo per goderne fino a che quest' erede semplice fosse comparso, ed in questa qualità di

possessor di buona fede dee far suoi i frutti; tale è pure l' avviso di Lemaitre. Questo sentimento mi sembra contrario ai principj di diritto. Il possessor di buona fede non è tenuto alla restituzione de' frutti soltanto nell'azione di rivendicazione delle cose particolari; nell' azione di petizione di eredità, come è quella che ha l'erede puro e semplice contro l' erede beneficiato da lui escluso, il possessore, quantunque sia stato di buona fede, è tenuto di render conto de' frutti, di cui egli ha profittato, secondo la regola *post senatus consultum enim, omne lucrum offerendum esse tam bonae fidei possessori, quam praedoni dicendum est*; *l.* 28, *ff. de pet. haered.* E secondo ciò che è detto altrove: *fructus omnes augent haereditatem, sive ante aditam, sive post aditam haereditatem accesserint*; *l.* 20, § 3, *d. tit.*; *adde*, *l.* 56, *ff. d. tit. et passim*. Tutta la differenza che eravi tra il possessore di buona fede e l'altro possessore si è, che il possessore di buona fede non è tenuto di tutto ciò che gli è pervenuto dalla successione, senonchè fino alla concorrenza di quanto è divenuto più ricco, in vece, che l' altro possessore ne è tenuto indistintamente.

Osservate che l'erede beneficiato che è escluso dall'erede semplice, non trovasi nello stesso caso del possessor di buona fede di un eredità di cui parlano le leggi. Esse parlano di un possessore che aveva giusto motivo di credere, che l' eredità gli appartenesse, e che non aveva alcun motivo di sospettare, che dovesse comparire un altro erede a cui egli dovesse restituirla; come sarebbe, per esempio, un erede instituito con un testamento che si credeva l'ultimo del defunto, e che si è trovato distrutto da un posteriore che è comparso di poi, del quale non si aveva cognizione; tale è un parente che si è creduto il più prossimo in grado di succedere, ignorando, che ve ne fosse uno più prossimo che si trovava assente, e che forse anche si credeva morto In questi casi ed altri simili, non s' imputa al possessor di buona fede di un' eredità, di aver dissipato ciò che gli è pervenuto da una successione che credeva sua propria, e della quale egli non aveva motivo di credere essere obbligato mai a render conto; in luogo che l'erede beneficiato sapeva o doveva sapere la legge che permette agli altri parenti di escluderlo dichiarandosi eredi puri e semplici; egli sapeva dunque, che durante l' anno egli non aveva un diritto incommutabile, e per conseguenza, era obbligato di conservare i beni della successione a coloro che potevano dichiararsi eredi semplici.

Lebrun agita la quistione di sapere se un erede beneficiato che ha ricuperato mediante l' esercizio di un retratto feudale un feudo dipendente da una signoria della successione, possa esimersi dal restituirlo all'erede puro e semplice che offre di rimborsargli il costo del retratto; egli decide contro l' erede puro e semplice. Ciò mi sembra assai mal deciso; perchè egli non ha potuto esercitare questo retratto feudale sennonchè in qualità di erede beneficiato e per conseguenza in nome e a conto della successione beneficiata. Questo fondo ricuperato feudalmente appartiene dunque alla successione; è una specie di frutto o di emolumento di questa successione che dee per conseguenza essere restituito all' erede puro e semplice.

Essendo l' erede beneficiato, allorchè viene escluso dall' erede semplice, riputato non essere stato mai vero erede, ma solamente un amministratore de' beni della successione, ed obbligato a render conto, tanto verso quello che si dichiarasse erede semplice quanto verso i creditori, ne segue che l' erede semplice deve avere un'ipoteca per questo conto simile a quella dei creditori della successione, la cui data deve esser stabilita al giorno che ha cominciato l' amministrazione di questo erede beneficiato, vale a dire a quello in cui si è messo in possesso della successione.

SEZIONE IV.

Della rinunzia alle successioni.

Il favore de' nostri contratti di matrimonio vi ha fatto ammettere le rinunzie alle successioni future. Noi non ne parleremo qui, avendone trattato nel capitolo primo, sez. 2, art. 4. La rinunzia alle successioni di cui qui si tratta, è un atto col quale quegli a cui una successione è deferita dichiara la volontà di ripudiarla.

§ 1. *Da chi possa ripudiarsi una successione.*

Tutti coloro a cui una successione è deferita possono ripudiarla, purchè sieno persone capaci di alienare. Imperciocchè, quantunque la rinunzia di una successione non sia un' alienazione propriamente detta, poichè quegli, che ripudia una successione tralascia di acquistare, ma non aliena, *non alienat qui omittit haereditatem*; nondimeno, siccome colui che ripudia si pregiudica e si priva della facoltà che aveva di potere accettare una successione vantaggiosa, questa rinunzia sente di alienazione, e non deve essere permessa, che alle persone capaci di alienare.

Secondo questi principj, un minore non può validamente rinunziare ad una successione senza l' autorità del suo tutore. Un bambino ed un insensato lo possono ancora meno; perchè questo atto racchiude una volontà che non si trova in queste persone. Una moglie sotto podestà maritale non può neppure, secondo il nostro principio, ripudiare le successioni che le sono deferite, senza esserne autorizzata dal suo marito.

Si può ripudiare una successione da se stesso o col mezzo di un altro, come per mezzo di un procuratore munito di una procura speciale.

Un tutore può ripudiare una successione deferita al suo minore, un curatore può ripudiare quelle deferite a coloro che sono sotto la sua curatela.

Si costuma che i tutori e curatori prendano la precauzione di farsi autorizzare a ciò da un parere de' parenti convocati dinanzi il giudice.

Essendo il marito il padrone de' diritti mobiliari della sua moglie, può ripudiare una successione che le sia deferita quando consista soltanto in mobili. Ma se vi fossero degl' immobili, egli non potrebbe ripudiarla senza il consenso della moglie.

Quando un erede sia morto senza essersi spiegato sopra l'accettazione o rinunzia della successione che gli era deferita, gli eredi di questo erede possono o accettarla o ripudiarla, come egli l' avrebbe potuto. Vedi la sezione precedente, articolo primo, § 2.

§ 2. *Quando si possa ripudiare una successione.*

Eccettuato il caso de' contratti di matrimonio ne'quali la giurisprudenza ha ammesso, che si possa rinunziare alle successioni future, non si può ripudiare una eredità prima, che essa sia deferita. Ciò risulta da questa regola del diritto desunta dalla natura: *quod quis, si velit habere non potest, id repudiare non potest*; *l.* 174, § 1, ff. *de reg. jur.*

Secondo questo stesso principio, siccome per accettare una successione non basta, che ci sia deferita, ma è necessario inoltre, che abbiamo cognizione, che ci è deferita, secondo ciò che abbiam detto, *sez.* 3, *art.* 1, § 3, così similmente bisogna aver cognizione, che ci è deferita per poter validamente repudiarla. Così insegna la legge 23, ff. *de acq. haered. In repudianda haereditate, vel legato, certus esse debet de suo jure is qui repudiat.* Donde Ulpiano conchiude: *Si quis dubitet an vivat testator necne, repudiando nil agit.*

Di qui nasce che i parenti in un grado ulteriore non possono validamente ripudiare una successione prima, che coloro che li precedono nell' ordine di succedere, l'abbiano essi stessi ripudiata, poichè, fino a questo tempo, è incerto se essa loro sarà deferita.

Non si può egualmente ripudiare una successione dopo, che si è accettata; ma è sempre tempo di ripudiarla finchè noi non abbiamo fatto un atto, nè assunto la qualità di erede.

§ 3. *Come si repudii una successione.*

Nel diritto romano, secondo la legge 95, ff, *de acq. haered.*, una successione poteva essere ripudiata *quovis judicio voluntatis*. Questo principio non è ammesso presso di noi. *Est majoris momenti*, dice d'Argentrè sullo Statuto di Brettagna, *quam ut actibus tacitis colligi renuntiatio possit.*

Perciò, secondo il nostro diritto, le rinunzie alle successioni non possono farsi, che o con un atto dinanzi notajo, o con un atto in cancelleria, o con una dichiarazione fatta in giustizia.

Quegli che ripudia una successione può farlo da se solo, senza essere obbligato di chiamarvi nè i creditori o legatarj, nè i suoi coeredi o altri ai quali il diritto ripudiato si devolve mediante la sua rinunzia; basta, che il notajo, o il cancelliere, o il giudice, gli dia atto della dichiarazione, che fa di ripudiare la successione.

§ 4. *Dell'effetto della rinunzia ad una successione ed a chi si accresca o si devolva il diritto del rinunziante.*

Quegli che ripudia una successione perde assolutamente la facoltà che aveva di accettarla, e non può più impugnarla se non col mezzo della restituzione in intiero, nel caso in cui essa può essere accordata.

Colui che ripudia una successione non è mai succeduto al defunto, ma è sempre vero, che la successione del defunto gli è stata deferita, e la parte che gli è stata deferita, e che ha ripudiata si accresce ai coeredi, se ve ne sono, vale a dire a quelli ch' erano chiamati unitamente con lui a questa eredità, i quali pel suo rifiuto sono riputati essere stati immediatamente impossessati dal defunto della porzione ripudiata.

Questa parte si accresce *senza prerogativa di primogenitura* secondo gli *articoli* 310 dello Statuto di Parigi, e 359 di Orleans.

§ 5. *Come ciò s' intenda.*

Nelle successioni collaterali, quando un erede maschio ripudia la successione, la sua parte ne' beni feudali si accresce a' suoi coeredi maschi, se ve ne sono, in preferenza delle femmine; perchè non vi sono, che essi che sieno suoi coeredi per questa specie di beni, la cui successione è deferita alle femmine soltanto in loro mancanza.

Nelle successioni che sono deferite per stirpi, allorchè uno degli eredi di una stirpe ripudia la successione, la sua parte si accresce a quelli della stessa stirpe, in preferenza di quelli delle altre stirpi: imperciocchè quelli che sono della mia stirpe, sono propriamente miei coeredi. I coeredi delle altre stirpi sono i coeredi della mia persona, piuttostochè della mia stirpe, e non hanno niente da pretendere in ciò che viene deferito alla mia stirpe, finchè ne rimane alcuno che venga alla successione.

Quando il rinunziante non abbia coeredi, il suo diritto nella successione si devolve ai parenti del grado seguente, i quali pel suo rifiuto sono riputati esserne immediatamente impossessati dal defunto, dal giorno dell' apertura della successione.

Allorchè il defunto abbia lasciato differenti eredi in differenti specie di beni, l' erede di una specie, per esempio de' beni proprj paterni, non è coerede con quello ch'è chiamato alla successione di un'altra specie di beni, per esempio de'proprj materni; e perciò se uno di essi ripudia la successione, per esempio l' erede de' proprj materni, il suo diritto non si accrescerà all' erede de' proprj paterni, il quale non è suo coerede per questa successione cui non è affatto chiamato; ma sarà devoluto ai parenti del grado seguente della linea del rinunziante.

SEZIONE V.

Del tempo accordato all' erede per deliberare sul partito dell' accettazione o della rinunzia alla successione.

È giusto che l' erede presuntivo a cui una successione è deferita, abbia un tempo bastante per prender cognizione della forza della successione, e per deliberare e consigliarsi sul partito, che dee prendere riguardo alla accettazione, o rinunzia.

Da un'altra parte, è giusto, che l'erede presuntivo, dopo che avrà avuto un tempo sufficiente per istruirsi e prendere il suo partito, possa essere obbligato dai creditori e legatarj della successione, ad assumer qualità e dichiarare se egli accetta o ripudia la successione, affinchè possano essere pagati.

L' Ordinanza del 1667 ha stabilito questo tempo. Essa vuole, che dal giorno in cui sia conosciuta la morte del defunto, gli eredi, vale a dire quelli che sono chiamati alla successione, abbiano il tempo di tre mesi per fare l'inventario de' mobili, de'titoli e documenti della successione, e quaranta giorni, dopo compito l' inventario, per deliberare sul partito ch' essi prenderanno.

Allorquando l' erede ha compito l' inventario prima de' tre mesi, che gli sono accordati, il termine di quaranta giorni incomincia a decorrere dal giorno, che l' inventario è stato compito, senza che sia necessario di attendere, che sieno scorsi i tre mesi. Se, al contrario, l'inventario non fosse compito al termine de' tre mesi, la dilazione de' quaranta giorni per deliberare non lascerebbe di decorrere dal giorno, che fossero spirati i tre mesi; perchè non dee dipendere dall' erede, col trascurar l' inventario, di procurarsi, in pregiudizio dei creditori e legatarj, de' termini più lunghi di quelli, che la legge ha voluto accordare.

Questi termini non godono de' giorni utili; tutti i giorni vi sono compresi, le feste e le domeniche come gli altri.

Questi termini sono accordati, tanto in favore dell' erede, quanto in favore de' creditori e legatarj, e in conseguenza essi producono due effetti. Il primo, ch' è in favore dell' erede, è che mentre durano questi termini, i creditori ed i legatarj non possono ottenere contro di lui alcuna condanna.

Essi possono bensì proporre delle domande contro di lui. Queste domande procedono, e non sono nulle perchè sono fatte prima che fossero spirati i termini; ma l' erede ha una eccezione dilatoria che può opporvi contro, e che ne sospende l' effetto: cioè che non sono ancora decorsi i suoi termini per deliberare. In conseguenza di questa eccezione, l' attore non potrà più procedere all' udienza, nè ottener delle condanne fino a che i termini sieno spirati.

Le domande istituite dai creditori e legatarj prima che sieno spirati i termini, procedono per verità, ed essi non sono obbligati di proporne delle nuove dopo che sono spirati i termini; ma queste domande non possono far decorrere alcun interesse su le somme domandate, finchè i termini non sieno spirati; perchè gl'interessi sono la pena della mora ingiusta, nella quale è il debitore, *usurae debentur ex mora*: e non si può dire che l'erede sia in mora, finchè gode de' termini che la legge gli accorda.

Per la stessa ragione, se l' erede citato paga, o esibisce entro i termini la sua rinunzia alla successione egli non dovrà le spese della domanda.

Se i creditori non possono ottener condanna durante i termini dell' erede, possono almeno sequestrare i beni della successione per loro sicurezza.

Il secondo effetto di questi termini, ch'è in favore dei creditori e legatarj è, che subito che sono spirati l' erede presuntivo è obbligato sopra le domande dei creditori e legatarj, di determinarsi precisamente sul partito che intende prendere, o di difendersi in qualità di erede, o di esibire una rinunzia, senza che il giu-

dice debba accordargli altri termini oltre quelli che la legge gli ha accordati.

Nondimeno se gli affari di una successione fossero di tale entità ed estensione, che il giudice trovasse che il termine accordato dalla legge non fosse stato bastante per prender cognizione delle forze della successione, il giudice potrebbe, secondo la sua prudenza, accordare all' erede un nuovo termine.

Anche senza ciò, le cose non si prendono con tale rigore, che il giudice non possa accordare all' erede qualche breve termine, protraendo la causa ad otto giorni o ad altro tempo, durante il quale l' erede sarà tenuto di assumer qualità precise, altrimenti sarà fatta ragione sulla domanda proposta contro di lui. Ma le spese di queste proroghe debbono essere sopportate dall' erede ch' è in mora, ed in mancanza di non avere assunto qualità nel tempo prescrittogli dalla legge.

Finalmente, quando l' erede non si risolve ad assumer qualità il giudice, ove trovi la domanda del creditore o legatario ben fondata, condanna l' erede a pagar ciò che gli è domandato, come se egli avesse effettivamente accettato la successione.

Questa condanna non è irreparabile quando essa non è pronunciata dai giudici d' appello o in ultima istanza: perciocchè l' erede presuntivo così condannato, può appellare dalla sentenza, producendo in appello la sua rinunzia alla successione, fare annullare la sentenza, e pronunziare l' assoluzione dalla domanda proposta contro di lui; ma in questo caso dev' esser condannato a tutte le spese fatte fino al giorno della sua rinunzia, poichè egli vi ha dato luogo col suo ritardo a soddisfare all' obbligazione in cui era di assumer qualità nel termine prescritto dalla legge.

L' erede dunque è sempre a tempo di produrre la sua rinunzia alla successione, e di farsi in conseguenza assolvere dalle domande proposte contro di lui in qualità di erede, fino a che sia stato condannato con sentenza in ultima istanza contro la quale non vi sia più appello nè opposizione.

L' erede così condannato in qualità di erede verso un creditore o legatario con una sentenza inappellabile o in ultima istanza, è bensì obbligato, a causa dell' autorità della cosa giudicata, a pagare le somme per le quali è condannato, ma non diviene erede per ciò: imperciocchè ei non può essere erede senza avere voluto esserlo, secondo la nostra regola di diritto statutario *non è erede chi non vuole.*

E perciò questa condanna non impedirà a questo erede di rinunziare in seguito validamente alla successione, in faccia agli altri creditori e legatarj, che non potranno opporgli la sentenza di condanna pronunciata contro di lui in qualità di erede; poichè essi non erano parti in questa sentenza, e per massima di diritto, una sentenza fa legge soltanto tra le parti fra le quali è stata pronunziata, *res inter alios judicata aliis nec prodest nec nocet*, passim. *tit. de re judic. et tit. de exceptione rei judic.*

CAPITOLO IV.

Della divisione delle successioni, e delle collazioni che vi si fanno.

ARTICOLO PRIMO.

Dell' azione di divisione.

Allorquando il defunto abbia lasciato più eredi che succedono alla stessa specie di beni, questi eredi ne sono investiti e ne divengono proprietarii e possessori ciascuno per la sua parte indivisa, ciò che forma fra di loro una comunione di beni.

Tal comunione di beni, che sarebbe convenuta agli uomini nello stato d' innocenza, non conviene, almeno per sempre, agli uomini quali sono oggidì. Per mantenere la pace fra gli uomini, quali sono, bisogna che ciascuno abbia il suo separatamente: l'esperienza e l' esempio di tutti i secoli ne sono la prova. Fin dal principio del mondo, i figli de' nostri primi padri non sono rimasti in comunione di

beni, ed hanno diviso la terra fra loro, e successivamente d' età in età i loro figli han fatto lo stesso. Perciò la comunione di beni è uno stato di sua natura non durevole, vi ha bisogno di una divisione per la quale le parti ne possano uscire.

Da questo principio nasce l' azione di divisione, ch'è l' azione che ciascun coerede ha contro i suoi coeredi per obbligarli a dividere i beni che sono comuni fra essi.

§ 1. *In qual caso abbia luogo la divisione.*

Vi è luogo all' azione di divisione fra i coeredi e loro successori fino che i beni della successione, o parte di essi, si trovano essere da loro posseduti in comune.

Vi è luogo a quest' azione, qualunque tempo sia da che posseggono e godono in comune; perchè finchè godono e possedono in comune, l'azione di divisione non si può prescrivere, avvegnachè è nella natura stessa della comunione di esigere la divisione, come abbiam visto or ora, e che per la natura stessa dell' indiviso, essi non godono e possedono in comune per indiviso che col peso ed attendendo la divisione, non potendo esservi comunione per sempre.

Vi è luogo all' azione di divisione, quando anche i coeredi fossero convenuti fra loro che non potrebbero giammai provocarsi alla divisione; perciocchè essendo questa convenzione contraria alla natura della comunione de' beni, non può esser valida: *Si conveniat ne omnino divisio fiat; hujusmodi pactum nullas vires habere, manifestissimum est*; *l.* 14, § 2, *ff. comm. divid.* Di qui nasce questa regola di diritto, *nulla societatis in aeternum coitio est*; *l.* 70, *ff. pro socio.*

Per la stessa ragione quand' anche il defunto avesse proibito, nel suo testamento, a' suoi eredi di dividere i suoi beni, quand' anche gli avesse instituiti suoi eredi coll' obbligo di non dividerli, questa volontà del testatore, come contraria alla natura della comunione de' beni, che non può esser perpetua, non dovrebbe essere osservata, e non impedirebbe l' azione di divisione.

Ciò non ostante si può validamente convenire di protrarre la divisione fino a un certo tempo, purchè una ragione d' utilità richiegga questo ritardo. Perciò, *d. l.* 14, § 2, *ff. comm. divid.*, se il testatore non abbia proibito assolutamente la divisione de' suoi beni, ma abbia ordinato che fosse sospesa per un tempo determinato, per esempio fino alla maggiore età dei suoi figli, questa disposizione deve essere osservata. La ragione è, che questa convenzione delle parti; questa volontà del defunto, che non tende a perpetuare la comunione de' beni che esiste tra i coeredi, ma solamente a protrarne la divisione a un tempo favorevole, non ha cosa alcuna di contrario alla natura della comunione di beni, e ch' è anche sovente dell' interesse comune che la divisione si faccia in un tempo piuttosto che in un altro.

Nel caso di una simile convenzione tra coeredi, o di una simile disposizione d' ultima volontà per parte del defunto, non vi sarà luogo all' azione di divisione fino al tempo al quale gli è piaciuto di protrarla; e se uno degli eredi domanda la divisione, gli altri potranno, con un' eccezione dilatoria risultante dalla convenzione delle parti o dalla disposizione del testatore, sospendere l' effetto di quest' azione fino al tempo prescritto.

Tale convenzione, tale disposizione di ultima volontà, sospende veramente l'azione per una divisione definitiva fino al tempo al quale piacque differirla, ma io penserei ch' esse non possono impedire a uno de' coeredi che fosse stanco di godere in comune, di domandare che fosse fatta fino a quel tempo una divisione provvisoria dei beni della successione, acciocchè ciascuno possa godere separatamente fino a quel tempo della parte che gli toccherebbe.

Non dee però farsi luogo a questa domanda che nel caso in cui vi fosse un tempo alquanto considerevole da aspettare fino a quello in cui potrà farsi la divisione definitiva: perchè se vi fosse poco tempo da aspettare, non dovrebbesi obbligar le parti ad immer-

gersi nelle spese di una divisione provvisoria.

Non solamente vi è luogo all'azione di divisione quando i coeredi si trovano possedere e godere in comune de'beni della successione, ma eziandio quando ciascuno di essi si trova godere separatamente dei differenti fondi della successione, o quando l'uno di essi si trova solo possedere il totale, fintantochè non si produca un atto col quale essi abbiano fatta la divisione; perchè essi sono riputati posseder così gli uni per gli altri, e coll' obbligo di rendersene conto respettivamente.

Se però siffatto godimento e possesso separato durasse da trent' anni o più, e che ciò si potesse provare, sia per mezzo di testimoni sia per iscritto; per esempio per mezzo degli affitti che avessero fatto ciascuno separatamente de' fondi posseduti separatamente; in questo caso questi coeredi potrebbero mantenersi in questo possesso separato contro l'azione di divisione che fosse intentata contro di essi, mediante la prescrizione di trent'anni

In tal caso l'azione di divisione è soggetta alla prescrizione di trent'anni, come tutte le altre azioni. Il tempo trascorso fa presumere che vi sia stata una divisione, e che l'atto abbia potuto smarrirsi.

Del resto questa prescrizione di trenta anni, in questo caso come in tutti gli altri, non decorre, contro i minori, durante la loro minorità.

§ 2. *Quali persone possano provocare alla divisione ed esservi provocate.*

Non vi sono che gli eredi maggiori di età che possano provocare i loro coeredi a una divisione definitiva di una successione nella quale vi sieno degl'immobili; i minori, nè i loro tutori per essi non lo possono. Vedi la l. 7, ff. *de reb. eorum qui sub tut. vel cura .... e lo Statuto di Bourges, tit. delle divisioni.* La ragione è che ristringendo la divisione a' soli effetti che cadono nella parte del coerede, il diritto che aveva prima sopra tutti i beni della successione, è una specie di alienazione del diritto che aveva sopra gli altri beni; ora, tutti gli atti che contengono un'alienazione degl' immobili de' minori, o che vi rassomigliano, sono interdetti ad essi ed a' loro tutori; quindi la domanda per la divisione definitiva che tende a una specie di alienazione degl'immobili del minore, o almeno a qualche cosa che la rassomiglia, non può essere a lui permessa nè al suo tutore.

Sebbene il minore sia emancipato, ei non ha il diritto di proporre una domanda di divisione definitiva di una sua successione, nella quale vi sieno degl'immobili; perchè l'emancipazione non gli dà che il diritto di amministrare i suoi beni, e non lo rende capace degli atti che tendono all' alienazione de' suoi immobili o a qualche cosa che vi rassomigli, come è la domanda di divisione definitiva, secondo che l' abbiamo osservato.

Ma niente impedisce che un minore, coll'autorità del suo tutore o curatore, o il suo tutore per lui, possa domandare la divisione definitiva dei beni mobili di una successione ed una divisione provvisoria degli immobili.

Il potere de'curatori degl'insensati e dei prodighi non estendendosi a tutto ciò che tende e rassomiglia ad un'alienazione degl'immobili di quelli che sono sotto la loro curatela, nasce che non possono come i tutori proporre l'azione per una divisione definitiva degl'immobili di una successione devoluta a coloro che sono sotto la loro curatela, ma possono proporla per la divisione de' mobili, e per una divisione provvisoria degl' immobili.

Quantunque queste persone non possano provocare i loro coeredi ad una divisione definitiva degl' immobili di una successione, tuttavia esse possono esservi provocate da'loro coeredi maggiori, un coerede maggiore e che ha l'esercizio de'suoi dritti può validamente provocare alla divisione definitiva degl'immobili i suoi coeredi minori o interdetti nella persona dei loro tutori e curatori, per procedervi validamente in concorso di essi. La ragione di tale differenza è, che la divisione, per parte di colui che la domanda, si assomiglia alla alienazione

volontaria, poichè non dipendeva che da lui di non domandarla; ma per parte del coerede, che è provocato alla divisione, la divisione non può considerarsi che come un'alienazione necessaria, poichè non dipende da lui di esservi o non esservi provocato; ora, le alienazioni volontarie soltanto sono vietate a' minori ed agl' interdetti; la legge non impedisce quelle che sono necessarie; d' onde segue che essi posson esser provocati alla divisione, quantunque non possano provocarla; tanto più che il coerede non dee soffrire per la condizione del suo coerede minore, ed esser privato del diritto che ha di domandare la divisione; *l.* 17, *Cod. de praediis et aliis reb. min.*

Un marito può, senza l'intervento di sua moglie, provocare i coeredi di lei alla divisione de' mobili della successione ad essa pervenuta ed esservi provocato, perchè egli è il padrone delle azioni mobiliari di sua moglie.

Egli può eziandio senza di essa dividere provvisoriamente gl' immobili delle dette successioni, perchè l'usufrutto dei beni proprj di sua moglie gli appartiene.

Ma non può, senza sua moglie, provocare ad una divisione definitiva degl' immobili delle successioni pervenute a lei; e i coeredi di essa non possono similmente proporre la domanda per la divisione definitiva contro di lui solo, essi devono citare la moglie insieme con lui; imperciocchè egli non è padrone delle azioni immobiliari della moglie, e perciò non può promuoverle nè difendersi, se sono promosse dagli altri, senza l'intervento di sua moglie.

Che se, mediante una clausola del suo contratto di matrimonio, le successioni che pervenissero a sua moglie dovessero entrare nella sua comunione, essendo il marito solo padrone, durante il matrimonio, di tutti i diritti della comunione, potrebbe, senza l'intervento di sua moglie, dividere le sue successioni, istituire l'azione di divisione e difendersi se sia promossa da altri.

Ciò ha luogo quand' anche vi fosse clausola nel contratto di matrimonio portante che la moglie potrebbe in caso di rinunzia riprendere tutto ciò che fosse entrato nella comunione per parte sua; perchè, come lo vedremo nel *Trattato della comunione*, questa clausola non toglie al marito il diritto di disporre liberamente, solo e a suo piacere, di tutto ciò che la sua moglie ha fatto entrare nella sua comunione; e la moglie, in caso di rinunzia, non può rivocare le disposizioni che suo marito ne ha fatte, ma può solamente domandare nella successione di suo marito il valor delle cose che sono entrate per parte sua in comunione, e non si trovano più in natura nella successione di suo marito.

Non v' ha dubbio che non solamente il coerede stesso, ma eziandio gli eredi e gli altri successori di questo coerede possono provocare alla divisione della successione ed esservi provocati.

§ 3. *Quali sieno gli oggetti dell'azione di divisione.*

Il principale oggetto di tale azione è la divisione dei beni della successione. Noi vedremo in un articolo particolare come si proceda a questa divisione, e quali sieno le cose che cadono in divisione o no. Le collazioni che gli eredi devono fare nella divisione sono pure un oggetto dell'azione di divisione. Noi ne tratteremo in articoli particolari. Finalmente le prestazioni personali, alle quali i coeredi sono obbligati rispettivamente gli uni verso gli altri, formano il terzo oggetto della azione di divisione.

La prima specie di queste prestazioni personali riguarda ciò che uno de' coeredi abbia ricevuto ad occasione della successione, tanto dai debitori della eredità o affittuali de'beni di essa, o dalla vendita dei detti beni ereditarj, quanto per qualsiasi altra causa: in questo caso ciascuno dei suoi coeredi ha diritto, per la parte della quale è erede, di domandargli la sua parte in ciò che ha ricevuto.

Che se questo erede che ha ricevuto delle somme da alcuni debitori o affittuali della successione, avesse dichiarato che non intendeva ricevere, che la parte che gli apparteneva

in questo credito o in questo fitto, e che la somma da lui ricevuta non ammontasse effettivamente che alla parte che vi aveva; i suoi coeredi in questo caso non avrebbero diritto di domandargli, che loro desse parte di ciò che ha ricevuto, salvo ad essi di farsi pagare come potranno da questo debitore o affittuale della successione per le parti che loro appartengono; e se questo debitore o affittuale diviene insolvibile, imputeranno a se stessi di non avere invigilato egualmente come il loro coerede, come risulta dalla legge 38, ff. *fam. ercisc.*

La seconda specie di prestazione personale riguarda ciò che uno degli eredi doveva al defunto o deve alla sua successione; ei ne confonde in lui una parte per la porzione della quale è erede, ed è tenuto di pagare il soprappiù a' suoi coeredi che hanno, ciascuno per la parte della quale è erede, diritto di domandarlo con quest' azione di divisione.

La terza specie di prestazione personale riguarda i danni e le degradazioni, che uno de' coeredi abbia cagionato per sua mancanza ne'beni della successione; ciascuno de'suoi coeredi ha diritto, per la parte che ha nella successione, di domandare di esserne indennizzato. L' erede è tenuto, riguardo a ciò, *de culpa levi*; e non *de levissima*; *l.* 25, § 16 ff. *fam. ercisc.*

La quarta specie di prestazione personale riguarda ciò che è costato ad uno degli eredi per gli affari della successione: egli ha diritto di domandare a' suoi coeredi che lo rimborsino, ciascuno per la parte che ha nella successione. Bisogna per ciò, che la spesa che ha fatto fosse utile alla successione; poichè se egli ha fatto una sciocca spesa non ha diritto di ripeterla.

Del resto, basta che la spesa fosse una spesa che doveva farsi quando egli l' ha fatta, quantunque in seguito per qualche caso impreveduto, la successione non ne abbia profittato perchè debba esserne indennizzato dai suoi coeredi. Per esempio, se egli ha fatto delle riparazioni necessarie agli edifizj della successione, sebbene in seguito e poco dopo questi edifizj sieno stati incendiati da un fulmine, il che ha impedito alla successione di profittare delle riparazioni che vi erano state fatte, l' erede, che le ha fatte, non dovrà ricevere meno l' indennizzazione da' suoi coeredi.

Non deve similmente essere rimborsato che fino alla concorrenza di ciò che ha dovuto spendere. E se, per sua mancanza o inesperienza, e per non avere consultato, ha speso di più che non avrebbe speso un padre prudente di famiglia, ei non ha la ripetizione di questo eccedente.

Si devono contare fra ciò che ne è costato ad un erede, per la successione, e di cui i suoi coeredi gli devon tener conto, i diritti e le azioni che gli appartenevano personalmente e che ha perduto a causa della successione. Per esempio, se il defunto avesse venduto, come cosa a lui appartenente, un fondo appartenente a Pietro, che di poi è divenuto uno dei suo eredi, Pietro accettando la successione del venditore del suo fondo, per lo diritto che aveva di rivendicarlo contro il compratore, verso il quale, come erede del venditore, diviene obbligato alla garentia, i suoi coeredi devono rimborsarlo, ciascuno per la sua parte, di ciò che vale questo diritto di rivendicazione ch' ei perde; perchè la successione ne profitta, trovandosi con ciò liberata dall' azione di garentia che il compratore avrebbe esercitato contro la successione, se Pietro avesse potuto esercitare contro lui la sua azione di rivendicazione [1].

ARTICOLO II.

Delle collazioni a cui sono obbligati i figli che vengono alla successione de' loro ascendenti.

Le collazioni sono uno degli oggetti delle divisioni; perchè prima di divi-

(1) Vedete intorno a queste prestazioni tutta la seconda sezione della terza parte de' titoli *Fam. ercisc*, *et Comm. divid.* delle mie Pandette. Vi sono in questi titoli parecchie cose che non essendo fondate che sulla sottile distinzione delle differenti specie di azioni che avevano luogo presso i Romani, non sono più adattabili a' nostri usi, e che per questa ragione io ho omesso.

dere i beni di una successione, i condividenti che sono tenuti di conferire, lo devono fare facendo aggiungere realmente o per finzione le cose che sono tenuti di conferire nella massa de' beni ereditarj che devono esser divisi.

§ 1. *Delle differenti classi degli Statuti riguardanti la collazione alla quale sono tenuti i figli, dei vantaggi che loro sono stati fatti, e quale sia il diritto generale sopra questa materia.*

Noi non entreremo a particolarizzare tutte le differenze che si trovano sopra questa materia tra i differenti Statuti, ma ci contenteremo di rinotare tre principali classi di Statuti.

Quelli della prima classe, che sono in scarso numero, come sono quelli di Berry, del Borbonese, del Niverнese, permettono al padre e alla madre di donare fra vivi a' loro figli, senza obbligo di conferire ciò che loro èstato donato, quando essi verranno alla loro successione.

Quelli della seconda classe che si chiamano Statuti di eguaglianza, obbligano i figli di conferire nella successione de' loro genitori tutto ciò che è stato loro donato, quand'anche rinunciassero alla loro successione. Tale è lo Statuto del Dunois riguardo a tutte le persone; quelli di Turrena, di Angiò, del Manese riguardo ai non nobili.

Quelli della terza, che formano la maggior parte degli Statuti, e nel numero dei quali sono quelli di Parigi e di Orleans, obbligano i figli alla collazione di tutto ciò che loro è stato donato da' loro genitori quando essi vengono alla loro successione; ma essi loro permettono di conservarlo rinunciando alla successione.

In questa varietà di Statuti bisogna seguir quello del luogo in cui i fondi donati sono situati; per esempio, se un abitante di Orleans ha donato ad uno de' suoi figli un fondo situato nel territorio di Dunois, il figlio donatario non potrà conservarlo rinunziando alla successione; avvegnachè lo Statuto di Dunois, nel territorio del quale è il fondo situato, obbliga il figlio alla collazione, anche in caso di rinunzia; e lo Statuto di Orleans nel territorio del quale si è aperta la successione, non sarà riguardo a ciò seguito: *vice versa*, se una persona di Dunois ha donato ad uno de' suoi figli un fondo situato nel territorio dello Statuto di Orleans, questo figlio potrà, non ostante lo Statuto di Dunois, conservar questo fondo, rinunciando alla successione, avvegnachè lo Statuto di Orleans, dove questo fondo è situato, lo permette.

Noi procureremo di spiegare principalmente la materia della collazione secondo i principj dello Statuto di Parigi, che sono il diritto più generale degli Statuti e che il nostro Statuto ha adottati.

Il principio sopra questa materia si trova nell'articolo 303 di questo Statuto: *Il padre e la madre non possono con donazione tra vivi, con testamento o disposizione d' ultima volontà o altrimenti, in qualsiasi modo avvantaggiare i loro figli che vengono alla loro successione, uno più dell' altro.*

La conseguenza di questo principio è l' articolo seguente: *I figli che vengono alla successione del loro padre o madre, devono conferire ciò che loro è stato donato, per essere cogli altri beni della detta successione diviso fra essi, o essere loro imputato.*

Noi lo spiegheremo ne' paragrafi seguenti.

§ 2. *Quali vantaggi sieno soggetti a collazione.*

Lo Statuto con questi termini, *in maniera qualunque*, assoggetta alla collazione tutti i vantaggi, tanto diretti, che indiretti, fatti dal padre, madre o altri ascendenti, a' loro figli.

È un vantaggio indiretto che un padre fa ad uno de' suoi figli, quando egli dona qualche cosa a una terza persona interposta per farla avere a questo figlio. Il figlio è tenuto di conferire la cosa che ha avuto dalla terza persona, a cui era stata donata, non solamente quando l' obbligo di restituirgliela si trova espresso o nella donazione fatta a questa terza persona o in qualche controlettera con cui questa terza persona si fosse obbligata a re-

stituire la cosa al figlio; nel qual caso non avvi difficoltà che la donazione fatta alla terza persona sia indirettamente fatta al figlio, ma anche nel caso nel quale non vi fosse alcun atto per iscritto che assicurasse, che la donazione fatta alla terza persona le fosse stata fatta coll' obbligo di restituirla al figlio, se le circostanze lo indicano, bisognerà parimenti decidere che il figlio sarà soggetto alla collazione di questa cosa. Queste circostanze possono dedursi, o dalla prossimità del tempo della donazione fatta alla terza persona e di quella che la terza persona abbia fatto al figlio del donante, o dalla qualità delle persone; se questa donazione è stata fatta a un legale, che non l' avesse meritato per verun servigio, siffatta donazione che gliene è stata fatta, si riputerà essere un ritrovato di questo legale per coprire coll' interposizione della sua persona la donazione che il padre voleva fare a suo figlio. Si possono riscontrare molte altre circostanze simili che devono far facilmente presumere la interposizione delle persone.

Si chiamano pure vantaggi indiretti tutti gli atti che essendo conchiusi tra il padre ed uno dei suoi figli, sotto un altro nome diverso da quello di donazione, racchiudono nondimeno un vantaggio in favore del figlio. Questi vantaggi sono similmente soggetti a collazione. Per esempio, se un padre ha venduto a suo figlio un fondo per un prezzo al di sotto del suo giusto valore, questo atto, ancorchè concepito sotto la forma di vendita, racchiude un vantaggio indiretto in favore del figlio che profitta del valore del fondo che eccede il prezzo pel quale è stato venduto, e per conseguenza obbliga il figlio alla collazione.

Da qui nasce una questione di sapere se il vantaggio cade sul fondo stesso, o sopra ciò che manca del giusto prezzo, e in conseguenza se il figlio sia obbligato alla collazione del fondo, o solamente alla collazione di ciò che manca del giusto prezzo. Sembra che sopra questa questione, in un caso affatto simile, i giureconsulti romani sieno stati di tre pareri differenti. Quando un marito, a cui non era permesso dalle leggi romane di donare alla sua moglie, le aveva venduto una cosa al di sotto del suo giusto valore, Giuliano, che era della scuola dei Sabiniani, pensava che questa vendita fosse assolutamente nulla, siccome stata fatta per coprire una donazione vietata; e che in conseguenza il marito aveva la ripetizione della cosa venduta, restituendo il prezzo che aveva ricevuto. Nerazio, che era Proculejano, secondo il genio di quelli di questa scuola ricercava più scrupolosamente l' intenzione del marito: egli ammetteva l' opinione di Giuliano nel caso in cui non avesse avuto il disegno di disfarsi e di vendere questa cosa, e non l' avesse venduta a sua moglie che per coprire il vantaggio che voleva farle; ma nel caso in cui avesse avuto effettivamente intenzione di venderla, per esempio se egli l' avesse proposta ad altri, pretendeva, che la donazione non cadesse, che sopra alla somma che mancava al giusto prezzo, e che non aveva altro diritto, che di ripeter tale somma. Queste due opinioni sono riportate nella legge 5, § 5, ff. *de donat. inter vir. et ux.* Pomponio propone un terzo parere che è di annullare la vendita, non per lo totale, ma in proporzione di ciò che è stato rimesso del giusto prezzo. Per esempio, se la cosa è stata venduta per la metà del prezzo che essa valeva, egli pensa, che la moglie deve rendere la metà della cosa che le è stata venduta; legge 31, § 3 ff. *d. tit.* Il sentimento di Nerazio mi sembra più esatto nella teoria; ma io penso che nella pratica si debba seguire quello di Giuliano, e che si debba assoggettare indistintamente il figlio alla collazione del fondo, allorquando suo padre glielo ha venduto al di sotto del suo giusto valore, dovendo la vendita sempre in questo caso riguardarsi come una donazione simulata sotto la forma di vendita. Il ricercare se il padre avesse avuta effettivamente intenzione di vendere questo fondo, aprirebbe un largo campo a discussioni e liti; non sarebbe facile di scoprirla, e potrebbe accadere spesso che il padre avesse fatto affiggere questo fondo da vendere, senza averne alcuna intenzione, ma per meglio coprire il vantaggio che voleva fare al suo figlio.

Tutti gli altri atti di qualsiasi specie che contengono qualche vantaggio per parte di un padre o di una madre, a favore di alcuno de' suoi figli, obbligano questo figlio alla collazione. Per esempio, se in una transazione sopra un conto di tutela, un padre si rende debitore verso suo figlio di una più grossa somma che non gli deve effettivamente, questo è un vantaggio soggetto a collazione.

Se in una divisione che un padre fa d' una prima comunione co' suoi figli di un primo letto, egli ommette di esercitare delle riprese alle quali aveva diritto, o lascia che i suoi figli ne esercitino quando non vi avevano diritto alcuno; se egli fa salire a un troppo alto prezzo i compensi che doveva alla comunione per ragione de' miglioramenti fatti sopra i suoi fondi proprj, o che fa scendere a un troppo basso prezzo quelle fatte sopra i fondi proprj de' suoi figli, i figli del primo letto a cui fa questi vantaggi sono obbligati di fare collazione ai figli del secondo letto.

Una liberazione che un padre fa ad uno de' suoi figli riguardo al conto che il figlio gli deve dell' amministrazione de' suoi affari, può pure essere un vantaggio indiretto: perciò, dopo la morte del padre i fratelli e sorelle di questo figlio possono domandare che ei renda il conto che doveva: e se, in questo conto, si trovasse debitore, la liberazione fattagli è un vero vantaggo indiretto, una vera donazione che suo padre gli ha fatto della somma residuale di questo conto, della quale suo padre era suo creditore ed è per conseguenza obbligato a conferirla.

Parimenti la quitanza che un padre ha fatta a suo figlio di una somma che gli doveva, passerà per una remissione ed un vantaggio soggetto a collazione, se vi sono delle circostanze abbastanza forti perchè ne risulti una prova, che questa somma non è stata pagata. Ciò è stato giudicato colla decisione del 12 febbrajo 1682 riferita da Lebrun, n. 14. La quitanza che il padre aveva fatta a suo figlio d' una somma di 119,000 lire pel prezzo della sua carica di consigliere alla corte *des Aides*, essendosi trovata presso del padre in tempo della sua morte, ed annessa al suo testamento, fu giudicato non esser vera, e contenere una remissione del prezzo soggetto a collazione.

A meno che le circostanze non sieno estremamente forti, la causa si dee decidere col giuramento del figlio se egli ha pagato effettivamente.

Si è spinta tant' oltre la esattezza delle collazioni, che si è obbligato il figlio alla collazione, non solamente delle somme che gli fossero state donate, ma eziandio di quelle che gli fossero state prestate, come altresì di quelle che avesse ricevuto per prezzo di una costituzione di rendita da lui creata a favore di suo padre o sua madre. Si è giudicato che sarebbe un vantaggio indiretto se un padre facesse in questa guisa passare il suo danaro contante ad uno de' suoi figli, mentre che gli altri non avrebbero invece che un semplice credito, o una semplice rendita contro il loro fratello.

Di qui nasce la decisione della quistione seguente: un padre ha prestato 12,000 lire ad uno de' suoi figli, che poscia è fallito, ed ha fatto un contratto co' suoi creditori, mediante il quale tutti i creditori, nel numero dei quali si trovava il padre, si sono limitati ai due terzi de' loro crediti pagabili a determinati tempi, e gli hanno condonato l' altro terzo; si domanda se il figlio debba conferire nella successione di suo padre la somma totale di 12,000 lire. La ragione di dubitare è, che in grazia del contratto, egli non ne deve più che 8,000 lire; che la remissione delle 4,000 lire non deve essere soggetta a collazione, non essendo una vera donazione che suo padre gli abbia fatta, poichè questa era forzata per parte di suo padre che era obbligato di attenersi al maggior numero de' creditori; nulladimeno non v' ha dubbio che il figlio debba conferire la somma intiera delle 12,000 lire, senza attendere anche i termini del contratto di proroga: la ragione è che non può negare, che questa somma gli è stata prestata da suo padre, e che è dovuta la collazione delle somme prestate egualmente come delle somme donate.

Tutti gli atti di un padre o di una madre da' quali uno de' figli sente qualche vantaggio, non sono vantaggi indiretti soggetti a collazione, ma soltanto quelli co' quali i genitori fanno passare qualche cosa de' loro beni ad uno de' loro figli per una via coperta ed indiretta. Ciò risulta dall' idea anche che racchiude il termine di collazione: perciocchè far collazione significa rimettere nella massa de' beni del donante qualche cosa che ne è uscita; non si può rimettervi, farvi collazione, di ciò che non ne è uscito: non può adunque farsi luogo alla collazione, se non quando un padre o una madre abbiano fatto uscire qualche cosa de' loro beni, e l' abbiano fatta passare ad uno de' loro figli.

Secondo questi principj, quando un padre cambia in censivi i fondi che teneva in feudo, quantunque i suoi figli secondogeniti sentano un vantaggio per questo cambiamento, poichè essi avranno una maggior parte in questi fondi così cambiati, che non avrebbero avuto se fossero rimasti in natura di feudo, ciò non ostante niuno si avviserà di dire che siffatto vantaggio, che i secondogeniti sentono per questo cambiamento, sia soggetto a collazione verso il loro primogenito; perciocchè il loro padre con questo cambiamento non ha fatto che usare della libertà naturale che ha di disporre de' suoi beni, e niente del suo avere ha fatto passare a' suoi secondogeniti. Per ciò non avvi cosa che sieno obbligati di conferire.

Viceversa, se egli avesse commutato in feudo i fondi che teneva a censo, liberandosi dal censo al quale erano soggetti il primogenito non sarà obbligato alla collazione del vantaggio che sentirà nella successione per questa permuta, perciocchè il padre con questa permuta non gli ha fatto niente passare de' suoi beni.

Quando un padre, dopo la morte della sua seconda moglie, rimane coi suoi figli del secondo letto in continuazione di comunione, quantunque fosse di suo interesse di scioglierla per godere degli intieri acquisti che farà con un fiorito commercio che esercita, o coll' accumulazione di considerevoli rendite, è evidente che fa un vantaggio con ciò a' suoi figli del secondo letto; ma secondo il nostro principio, questo vantaggio non è soggetto a collazione, perchè non fa niente passare a' suoi figli di ciò che gli appartiene; lascia solamente di acquistare per intiero le cose che acquista in comunione con essi.

Una madre chiamata ad una ricca successione di suo fratello unico, nella quale vi erano molti feudi, per favorire i suoi figli maschi vi rinunzia; i suoi figli succedendo per proprio diritto al loro zio, i maschi escludono le figlie da questa successione; saranno essi obbligati di conferire questi feudi nella successione della loro madre? Lebrun decide per l' affermativa: egli riguarda la rinunzia, che la madre ha fatto alla successione di suo fratello come un vantaggio indiretto, ch' essa ha fatto a' suoi figli maschi, de' feudi compresi in questa successione alla quale essa ha rinunziato. Bisogna decidere, al contrario, giusta il principio che noi abbiamo qui sopra stabilito, che non vi è luogo alla collazione in questo caso; perchè, giusta questo principio, non può farsi luogo alla collazione, che de' beni, che avevano appartenuto alla madre, e che' essa avesse fatto passare a' suoi figli maschi. Ma in questo caso la madre, con la sua rinunzia, non ha niente fatto passare de' suoi beni a' suoi figli; i beni della successione di suo fratello, alla quale essa ha rinunziato, non le hanno mai appartenuto in grazia della sua rinunzia; e per conseguenza non si può dire, che rinunciando a questa successione, essa abbia fatto passare a' suoi figli qualche cosa che le abbia appartenuto. È vero che essa ha avuto diritto alla successione di suo fratello; ma rinunciando a questa successione, essa non ha fatto passare a' suoi figli questo diritto che essa aveva; essa ha renunziato, ed ha estinto il diritto che aveva; e i suoi figli sono succeduti al loro zio, non come cessionarj del diritto della loro madre, non come avendo il diritto della loro madre, che essa loro avesse fatto passare, ma sono succeduti per proprio diritto, in virtù di un diritto che loro era proprio come direttamen-

te chiamati dalla legge, dietro il rifiuto della loro madre che li precedeva in grado.

Un padre essendo collegatario con uno de' suoi figli di un fondo che loro è stato lasciato in legato, ripudia il suo legato per far piacere a suo figlio; bisogna decidere per lo stesso principio, che la parte di questo fondo che si accresce al figlio a causa della rinunzia del padre, non è soggetta a collazione: perchè il figlio non la tiene da suo padre, egli la tiene direttamente dal testatore; il padre non ha mai avuto alcuna parte nel fondo del quale ha ripudiato il legato: non si può dunque dire che abbia fatto passare niente de' suoi beni a suo figlio che possa essere soggetto a collazione.

Vi è maggior difficoltà nella quistione seguente: una madre, per favorire i figli del suo primo marito, rinuncia alla comunione ricca di questo primo marito; i figli del secondo letto potranno essi domandare a' figli del primo la collazione del vantaggio ch' essi hanno avuto per questa rinunzia della loro madre? Io aveva pensato altre volte che non si faceva luogo alla collazione: io mi fondava sul nostro principio, che i figli non possono essere soggetti alla collazione che delle cose che avessero appartenuto alla loro madre, e che la loro madre avesse loro fatto passare. La madre, colla sua rinuncia alla comunione, è riputata non aver giammai avuto alcun diritto ne' beni della comunione; per conseguenza la parte dei beni della comunione non avendo mai appartenuto alla loro madre, non essendo passata dalla loro madre ad essi, non può, giusta il nostro principio, esser soggetta a collazione. Io trovo molta difficoltà a decidere contro la collazione. Si può dire, al contrario, che la moglie aveva un vero diritto nella comunione, che, colla sua rinunzia, è passato da essa a' suoi figli; che il marito contraendo comunione colla sua moglie, ha contratto l' obbligazione di accordarle parte in tutti i beni della comunione in tempo dello scioglimento; che i suoi beni sono passati a' suoi figli *cum ea causa*, con questa obbligazione; che ne risultava un diritto in favore della moglie contro i figli: che la moglie, rinunciando alla comunione, loro ha fatto passare questo diritto colla remissione che loro ne ha fatta, e che è per conseguenza un vantaggio soggetto a collazione, come lo è quello che un padre creditore di suo figlio facesse a suo figlio rimettendogli ciò che gli deve. La moglie, che rinuncia alla comunione, rassomiglia in certa maniera un socio commanditante che abbandona la sua parte nella società per esser liberato dai debiti. Certamente se un padre commanditante con suo figlio gli abbandonasse la sua parte in una società manifestamente ricca, non si potrebbe disconvenire che ciò non fosse un vantaggio soggetto a collazione; si dee dire egualmente che l' abbandono che fa la madre a' suoi figli della sua parte in una comunione vantaggiosa, per la rinunzia ch' essa fa alla comunione, è un vantaggio soggetto a collazione. Tal caso è molto differente dal precedente; quando il padre collegatario di un fondo con suo figlio, ripudia il legato, non si può dire che faccia passare a suo figlio la remissione di un diritto che gli appartiene: perciocchè non si può fare remissione che al suo debitore; non era suo figlio, suo collegatario, che era suo debitore del fondo che gli è stato lasciato in legato. Ma nell' altro caso i figli sono come debitori verso la loro madre della sua parte ne' beni della comunione; rinunciandovi, essa loro fa passare il diritto ch' ella aveva facendone ad essi remissione.

Viceversa, sarà egli un vantaggio soggetto a collazione, quando la madre che aveva diritto di domandare a' suoi figli del primo letto la ripresa di ciò che ha conferito nella comunione del loro padre, rinunciando a questa comunione, l'accetti, sebbene in cattivo stato, per favorirli e liberarli dalla restituzione di quanto vi ha conferito? Io aveva pensato sopra questa quistione, come sulla precedente, che non vi era luogo a collazione, poichè la madre non potendo avere il diritto di riprendere ciò che ha conferito, se non in caso di rinuncia alla comunione, non avendovi rinunciato ed avendola al contrario accettata, essa non aveva mai avuto questo diritto; che non avendolo mai avuto, non si poteva dire

ch' essa ne avesse liberato i suoi figli, che loro ne avesse fatto passare la liberazione, e che per conseguenza non avendo loro fatto passare alcuna cosa, non poteva farsi luogo alla collazione. Io trovo molta difficoltà in questo sentimento che aveva abbracciato. Si può dire, al contrario, che la moglie ha veramente avuto questo credito di ripresa di ciò che ha conferito, quantunque esso dipendesse dalla condizione della sua rinuncia alla comunione, la quale non ha esistito; perchè questa condizione essendo una condizione potestativa, non dipendeva che da lei il farla esistere; e per conseguenza dipendeva da lei l' esercitare questa ripresa; essa ne aveva dunque il diritto, ed è in certa guisa una remissione ch' ella ha fatto a' suoi figli, facendo volontariamente mancare la condizione colla sua accettazione di una comunione evidentemente cattiva. Questa quistione, e la precedente mi sembrano soffrire molta difficoltà.

Allorquando un padre abbia acquistato, in nome ed a conto di suo figlio, un fondo, e ne abbia pagato il prezzo co' suoi denari, il fondo non è soggetto alla collazione; esso non è passato dal padre al figlio, poichè non ha mai appartenuto al padre; essendo stato acquistato in nome del figlio, il figlio sarà dunque solamente tenuto alla collazione del prezzo che il padre ha fornito per l' acquisto.

Quando un padre riceve a titolo di feudo un fondo per lui e per tutta la sua discendenza mascolina, mediante una somma di denari di entrata che ei paga al concedente, questa infeudazione è un acquisto che fa tanto per lui, che per la sua posterità mascolina discendente da lui; la somma che paga ritorna in favore de' suoi figli maschi, poichè l' acquisto è fatto per essi dopo la morte del padre; essi devono adunque la collazione nella successione del loro padre di questa somma, che si rivolge in loro favore: tal è l' avviso di Lebrun.

§ 3. *Quali cose sieno eccettuate dalla legge della collazione, o non vi sieno comprese.*

Vi sono certe cose donate da' genitori a' loro figli che gli Statuti eccettuano dalla obbligazione della collazione.

Si può dire in generale che non vi è soggetto tutto ciò che loro fu donato pe' loro alimenti e per la loro educazione. Il nostro Statuto, art. 399 si spiega così: *le specie di alimenti, di mantenimento, di educazione, e d' istruzione de' figli, non sono soggette a collazione.*

Fra le spese di alimenti che non sono soggette a collazione, bisogna comprendere le spese di banchetto per nozze che un padre fa pel matrimonio di uno de' suoi figli: la maggior parte degli Statuti le eccettuano dalla legge della collazione con questi termini, *spese di nozze e banchetti*; una tal disposizione è di diritto comune. Al contrario, la maggior parte degli Statuti assoggettano alla collazione *gli abiti di nozze e il corredo.*

Le spese di equipaggio per inviare un figlio al servizio militare, fanno parte delle spese di mantenimento, e non sono soggette a collazione, del pari della spesa fatta per mantenervelo. Varj Statuti contengono anche delle disposizioni in proposito.

Le spese d' istruzione non sono neppure soggette a collazione. Fra queste spese sono comprese le pensioni de' figli che si mandano ai collegj o alle università per istudiare nelle facoltà superiori, le pensioni di quelli che si mandano alle accademie per apprendere a montare a cavallo, gli onorarj che si pagano per essi a' differenti maestri, i libri che gli istruiscono nelle differenti arti e scienze. Più Statuti ne hanno delle disposizioni particolari, ciò che bisogna intendere tuttavia, purchè non sieno in troppo grande quantità; perchè se un padre donasse a suo figlio una biblioteca considerevole, non v' ha dubbio, ch' essa sarebbe soggetta a collazione.

Vi è uno Statuto che vuole anche che i libri indistintamente sieno soggetti a collazione, quando essi sono ancora in natura in tempo dell' apertura della successione; ma esso è in ciò singolare, e deve essere ristretto al suo territorio.

Le spese di pratica d'un mestiere non sono del pari soggette a collazione, varii

Statuti n' eccettuano pure le spese dei gradi fino alla licenza inclusivamente, ed essi sono un diritto comune.

Al contrario gli Statuti vi assoggettano le spese del dottorato, e le spese di maestria nelle arti meccaniche, perchè queste spese si fanno per lo stabilimento del figlio, piuttostochè per la sua istruzione; per la stessa ragione ciò che un padre somministrasse per acquistare un grado militare, dev' essere soggetto a collazione.

Tutte queste cose, che noi abbiamo detto non esser soggette a collazione, non lo sono quando sono state somministrate in vita del defunto; ma i legati che il defunto avesse fatto di queste cose ad uno de' suoi figli, per esempio, se gli avesse lasciato in legato una pensione alimentaria, se gli avesse lasciato in legato la somma, che gli è necessaria per apprendere un mestiere, per entrare nel servizio militare, per prendere de' gradi ec., non vi ha dubbio, che questi legati sarebbero soggetti a collazione.

Anzi se egli avesse donato con atto tra vivi una pensione alimentaria ad uno de' suoi figli, essa non sarebbe eccettuata dalla collazione, che per lo tempo che fosse corso in vita del padre.

Si domanda, se un padre che avesse fatte molte spese per l'educazione di uno de' suoi figli, potrebbe legare ad un altro figlio, pel quale non ha fatto alcuna spesa, una somma per indennizzarlo. Lo Statuto di Leon lo permette; ma io credo ch' esso non debba adottarsi fuori del suo territorio.

Non è dovuta la collazione dei frutti; la ragione è evidente: il figlio non dee la collazione che di ciò che gli è stato donato. Ora, non gli si è donato che il fondo: quantunque egli ne abbia percepiti i frutti in conseguenza della donazione che gliene è stata fatta, tuttavia è vero il dire che i frutti non gli sono stati donati, e che non gli si è donata altra cosa che il fondo: non è dunque dovuta che la collazione del fondo.

Ma siccome è dovuta la collazione del fondo dal giorno dell' apertura della successione, egli dee tenere conto di tutti i frutti, che si raccoglieranno di poi.

Che se la collazione dovuta è di una somma di denaro, sia perchè gli si è donata una somma di denaro, sia perchè gli sieno donate delle cose di cui non si fa collazione in natura, ma delle quali si conferisce il valore, egli dee gl' interessi della somma soggetta a collazione dal giorno dell' apertura della successione sul piede del cinque per cento. Tal è la disposizione dello Statuto di Parigi che forma in questo punto il diritto comune, dal quale nondimeno il nostro Statuto ha deviato, ordinando che i frutti de' fondi soggetti a collazione e gli interessi delle somme soggette a collazione ch' essa fissa al 5 per 100, non decorrano che dal giorno della *provocazione alla divisione*.

La prima procedura che tende alla divisione, per esempio la domanda che si proceda all' inventario, o l' inventario incominciato senza domanda, passano per atti di *provocazione alla divisione*. L' uso ha così interpretato il nostro Statuto per ravvicinarlo al diritto comune.

Quantunque il tutore di un minore non possa provocare a una divisione definitiva, nondimeno la domanda che fa pel suo minore contro i di lui coeredi perchè si proceda all' inventario, tien luogo di provocazione alla divisione, e da questo giorno obbliga i coeredi del suo minore alla collazione de' frutti de' fondi e degl' interessi delle somme soggette a collazione.

Se egli avesse tardato a far questa interpellazione ne sarebbe risponsabile verso il suo minore, e se il minore non avesse tutore, la famiglia sarebbe risponsabile di non averne fatto eleggere uno che avesse fatto tale interpellazione.

Osservate che quando gli Statuti di Parigi e di Orleans, che fissano questi interessi al 5 per cento, sono stati riformati, la tassa degl' interessi era all' 8 per cento; in oggi che è fissata dall' Ordinanza al cinque, se si seguisse la stessa proporzione voluta dai nostri Statuti in tempo della riforma, bisognerebbe non fare correre gl' interessi che sul piede del 3 per cento; tuttavia, non ostante la diminuzione della tassa degl' interessi,

che dall' 8 sono stati ridotti al 6, in seguito al 5 1/2 e finalmente al 5, l' uso si è sempre conservato di fare correre gl' interessi delle somme soggette a collazione sul piede del cinque per cento.

Lebrun pretende, che il figlio debba conferire non solamente i frutti de' fondi e gl' interessi delle somme che gli sono state donate, ma anche gl' interessi di questi frutti e di questi interessi dal giorno che è stato in mora di tenerne conto; egli allega delle leggi che non sono applicabili a questa quistione; tale parere di Lebrun mi sembra contrario a' principj di diritto. Questi frutti, questi interessi non sono dovuti *principaliter et per se*, perchè la collazione non è dovuta, che di ciò, che è stato donato, e soltanto il fondo o la somma è stata donata; non vi è dunque, che il fondo o la somma, che possa essere lo oggetto principale del credito della collazione, che possa essere dovuto *principaliter*; i frutti, e gl'interessi non possono essere dovuti che come accessorj, e per conseguenza non ne può essere dovuto interesse, perchè è massima di dritto che *accessio accessionis non est*.

§ 4. *A cui bisogna egli, che la donazione sia stata fatta perchè si faccia luogo alla collazione?*

L' erede, che viene cogli altri coeredi alla successione de' suoi genitori o di qualche altro ascendente, dee conferire non solamente ciò, che è stato donato a lui stesso, ma anche ciò che è stato donato a' suoi figli Tale è la decisione degli articoli 306 di Parigi e 308 di Orleans, che formano in questo punto un diritto comune nel paese statutario.

La ragione di questa decisione si desume dal principio stabilito qui sopra, § 2, che non solamente i vantaggi diretti, ma anche gl' indiretti sono soggetti a collazione: ora, è un vantaggio indiretto che si fa a un padre o ad una madre quando si dona a' suoi figli; perchè, riguardando i nostri figli come altri noi stessi, non acquistando i beni che per essi, noi dobbiamo riputare donato a noi stessi ciò che loro è donato; e per conseguenza la collazione è dovuta come se ciò fosse donato a noi stessi.

La donazione fatta ai figli di un figlio deve tanto più essere riputata fatta al padre, quanto che ordinariamente in sua considerazione si dona a' suoi figli; d' altronde sarebbe facile di eludere la legge della collazione, se il padre che volesse donare qualche cosa a suo figlio, senza che fosse soggetta a collazione, avesse la facoltà di donare a' figli di questo figlio.

Se l' erede, a motivo della collazione ch' è obbligato di fare di ciò che è stato donato ad uno de' suoi figli, si trovasse non avere la sua legittima, ei non lascerebbe di essere obbligato a questa collazione, salvo il suo regresso contro suo figlio, e di far prededurre dalla donazione fattagli il supplimento alla sua legittima.

Ma se il nipote avesse dissipato ciò che gli è stato donato, e fosse insolvibile, di modo che il figlio non potesse aver ricorso contro di lui per la sua legittima, la legge naturale, che vuole che il figlio abbia la sua legittima, dovrebbe prevalere sulla legge arbitraria che l' assoggetta alla collazione di ciò ch' è stato donato ad uno de' suoi figli, e fare in questo caso cessare la collazione.

Un suocero fa al suo genero una donazione, e dice che la fa in considerazione dell' amicizia che porta a suo genero pe' servigj che gli ha resi: la figlia sarà essa obbligata di conferire nella successione di suo padre questa donazione fatta al suo marito? La ragione di dubitare è, che lo Statuto ha obbligato una figlia che viene alla successione di suo padre soltanto alla collazione delle donazioni che le sono state fatte, e di quelle che sono state fatte a' suoi figli; che non essendo fatta questa nè ad essa nè a' suoi figli, ma a suo marito, non si trova compresa nel caso della collazione; che non si può dire che la donazione è riputata fatta in considerazione della figlia, e fatta indirettamente a lei, poichè è detto che è in considerazione del genero, per l' amicizia che il donante gli porta, in riconoscimento de' servigj che ha

resi al suo suocero. Per decidere questa quistione bisogna distinguere varj casi: o la figlia aveva de' figli di suo marito, a cui la donazione era stata fatta, o essa non ne avea; o essa aveva accettato la comunione di suo marito, o vi aveva rinunziato, o questa comunione sussisteva ancora; o è una donazione di mobili, o una donazione di fondi.

Quando la figlia aveva de' figli da suo marito, Lebrun decide ch' essa è obbligata alla collazione di tutto ciò ch' è stato donato a suo marito, sia che si tratti di mobili, sia che si tratti di fondi, sia ch' essa abbia accettato la comunione di suo marito, sia che essa vi abbia rinunziato, sia ch' essa sussista ancora. La ragione è che una moglie che ha de' figli dee riputare come donato a se stessa ciò che fu donato a suo marito; che durante la vita di suo marito essa gode in comune con suo marito ciò che è stato donato a lui; che essa non ne goderebbe altrimenti, se la donazione fosse stata fatta a lei; che se dopo la morte di suo marito, una parte di questa donazione o anche il totale, nel caso in cui rinunciasse alla comunione, passa ai suoi figli eredi di loro padre, essa dee riguardare questo vantaggio, di cui godono i suoi figli, come suo proprio vantaggio. Siffatto principio non deve ammettere dubbio nei nostri Statuti, poichè per una conseguenza di questo principio essi assoggettano l' erede alla collazione delle donazioni fatte a' suoi figli, come di quelle fatte a lui stesso.

La decisione di Lebrun non mi sembra soffrire difficoltà nel caso in cui i figli accettassero la successione del loro padre donatario, e sarebbero per conseguenza riputati trovarvi ciò che gli è stato donato. Ma se questo genero, a cui la donazione è stata fatta, fosse morto insolvibile, e che la sua vedova avesse rinunziato alla comunione, e i suoi figli alla successione paterna, non mi sembra giusto che questa vedova fosse obbligata di conferire nella successione del suo padre una donazione fatta a suo marito, della quale nè essa, nè i suoi figli hanno profittato.

Per la stessa ragione, io penserei che anche nel caso in cui la comunione del genero donatario, e la sua successione fossero accettate, se vi erano figli di un altro letto, la figlia non dovrebbe esser soggetta alla collazione, che per la sua porzione, e quella dei figli del suo matrimonio, e non per quelle di cui i figli di un altro letto profittano in ciò, ch' è stato donato a suo marito.

Che se la comunione del genero sussiste ancora in tempo della divisione della successione del suocero donante, io penso che la figlia, che ha de' figli da lui, non dev' essere obbligata alla collazione che provvisoriamente, e che essa deve avere la ripetizione di questa collazione nel caso in cui accadesse che colla sua rinunzia alla comunione di suo marito, e quella de' suoi figli alla successione del loro padre, nè essa, nè i suoi figli avessero profittato dalla donazione.

Che se la figlia non avesse figli da suo marito, cui la donazione fosse stata fatta, che questa donazione consistesse in mobili, e che non vi fosse clausola nel contratto di matrimonio portante ch'essa riterrebbe ciò che sarebbe entrato in comunione per parte sua, Lebrun decide che la figlia non dovrà la collazione di questa donazione se essa ha rinunziato alla comunione di suo marito, ma che dovrà per intiero la collazione quando l' abbia accettata; e parimenti se la sua comunione con suo marito donatario si trovasse ancora sussistere in tempo della divisione della successione di suo padre. Io penserei, al contrario, che essa non dovrebbe la collazione, che per metà nel caso dell' accettazione di sua parte della comunione; poichè essa non ha effettivamente profittato in questo caso che della metà della donazione, per conseguenza che nel caso in cui la sua comunione sussistesse, essa non dovrebbe la collazione che per metà, poichè essa non può mai profittar di più della metà della donazione. Io penserei ancora, ch' essa non dovrebbe la collazione di questa metà che provvisoriamente, e salva la ripetizione nel caso che avveniss in seguito, che per la sua rinunzia alla comunione essa non avesse profittato niente della donazione fatta a

suo marito. La ragione sopra la quale Lebrun si fonda è che, sebbene dai termini impiegati in questa donazione, apparisca che essa sia fatta al genero, dee nondimeno, *ex paternae pietatis conjectura*, esser riputata fatta alla figlia ed in considerazione della figlia; che se apparisce fatta al genero, lo è per coprire la figlia, per eludere, se era possibile, la legge della collazione, con tanto più di ragione quantochè era indifferente alla figlia, che la donazione fosse fatta a suo marito o a lei stessa, poichè, quand' anche fosse stata fatta a lei stessa, questa donazione sarebbe egualmente caduta nella comunione di suo marito, e ch' essa non ne avrebbe potuto profittare di più di quella fatta a suo marito. La risposta è, che questa ragione, sopra la quale si fonda Lebrun, prova di più di ciò che egli vuole provare; perciò se la donazione fatta al genero fosse veramente riputata fatta alla figlia, essa la dovrebbe conferire eziandio nel caso in cui essa avesse rinunziato alla comunione, secondo che noi lo vedremo in seguito; e nondimeno Lebrun conviene che la figlia non è, in questo caso, obbligata alla collazione. Non mi sembra vero che la donazione fatta al genero debba essere riputata fatta alla figlia; il genero può meritare abbastanza da se stesso la amicizia del suo suocero, perchè gli faccia una donazione: se ne fanno anche a degli estranei, per qual motivo dunque non credere essere veramente fatta al genero quando l' atto lo porta? È vero che riguardo all' effetto di cadere in comunione, la donazione fatta al genero ha lo stesso effetto che se fosse fatta alla figlia stessa; ma riguardo alla quistione presente la cosa è differentissima. Allorquando la donazione è fatta alla figlia stessa, essa si sottomette, accettandola, alla collazione; pel suo canale cade nella comunione di suo marito, e per conseguenza la cosa donata l' è bastantemente pervenuta, perchè sia soggetta alla collazione, quantunque la dissipazione di suo marito la abbia impedita di profittarne; ma allorquando la donazione è stata fatta al genero, la figlia non può essere suo malgrado obbligata a una collazione alla quale non si è giammai sottomessa, alla collazione di una donazione che essa non ha accettata, e di cose che non le sono mai pervenute.

Se vi fosse clausola nel contratto di matrimonio del genero, ch' essa riprenderebbe in caso di rinunzia ciò che le fosse stato donato, o che la donazione fatta al genero fosse una donazione di fondi, vi sarebbe in questo caso minore difficoltà a dire, come noi abbiamo fatto, che la donazione fatta al genero non è riputata fatta alla figlia, e che essa ne dee la collazione soltanto per ciò che si troverebbe profittare; perchè la ragione di Lebrun non si riscontra più: non si può più dire allora che la donazione fatta al genero abbia lo stesso effetto che se fosse stata fatta alla figlia stessa. Nondimeno Lebrun decide ancora in questo caso che la figlia, in caso di accettazione di comunione, o quando la comunione sussiste, è obbligata alla collazione per intiero, e ch' essa non ne è tenuta quando ha rinunziato.

Se il suocero, dopo la morte di sua figlia, dona al suo genero, i suoi nipoti, figli di questa figlia, sentono indirettamente il vantaggio di questa donazione, avendo trovato nella successione del loro padre ciò che gli è stato donato, se è di già devoluta; perciò devono essere soggetti alla collazione: ma se essi hanno rinunziato alla successione paterna, la collazione non ne è dovuta, non avendone profittato. Se il loro padre donatario viveva ancora in tempo della divisione della successione del loro avo materno, essi dovrebbero obbligarsi a conferire, in tempo della morte del loro padre, ciò che gli è stato donato, in caso di accettazione della successione.

Riguardo alle somme prestate al genero, la figlia che non vi si è obbligata unitalmente al suo marito, è soggetta alla collazione di queste somme allorchè ha accettato la comunione; colla sua accettazione, essa ne è divenuta debitrice: ma non ne è tenuta che per la parte per la quale è tenuta a' debiti della comunione. Che se ha rinunziato alla comunione, non è obbligata a veruna collazione: tale è il parere di Lebrun. Bisogna dire la stessa cosa de' nipoti che vengono alla

successione del loro avo materno; essi non sono tenuti alla collazione delle somme prestate dal loro avo al suo genero, loro padre, che per la parte e in tanto e quanto essi ne sarebbero debitori a causa della comunione esistita fra la loro madre e il loro padre.

Quando de' nipoti vengono alla successione del loro avo per diritto di rappresentazione del loro padre o madre, essi devono conferire tutto ciò che è stato donato o prestato al loro padre o madre dall'avo alla successione del quale vengono. La ragione ne è ben evidente. I rappresentanti non possono avere maggior diritto in una successione di quello della persona rappresentata, e per diritto della quale vengono, secondo questo principio di diritto, *qui jure alterius utitur, eodem jure uti debet*; essi non devono prendere nella successione più di ciò che vi prenderebbe questa persona; e devono essere obbligati alle stesse collazioni alle quali questa persona sarebbe stata obbligata.

Questa decisione ha luogo quando anche essi non avessero profittato di ciò che è stato donato al loro padre o madre da essi rappresentati, e che essi avessero rinunziato alla loro successione; perchè siccome questa collazione non è dovuta in nome loro, ma in persona del loro padre o madre da essi rappresentati, è indifferente che ne abbiano o no profittato.

Questa decisione ha luogo quando anche queste collazioni assorbissero tutta la loro porzione ereditaria, e che loro non restasse più niente. Essi non potrebbero pretendere in questo caso alcuna legittima: perchè non avendo diritto alla successione del loro avo che per diritto del loro padre o madre da essi rappresentati, non possono neppure pretendere in questa successione altra legittima, che quella che avessero potuto pretendere il loro padre e madre; e per conseguenza queste donazioni loro devono essere imputate in questa legittima, come sarebbero state imputate al loro padre o madre.

Da questo principio, che i figli che vengono alla successione del loro avo sono soggetti alle stesse collazioni cui sarebbero stati soggetti il padre e la madre da essi rappresentati, nasce, che devono pure conferire la donazione che fosse stata fatta ad alcuno de' loro fratelli predefunto, ancorchè egli l'abbia dissipata; perchè il loro padre o madre da essi rappresentati sarebbero stati soggetti alla collazione di questa donazione fatta ad uno de' loro figli, secondo che l' abbiamo visto nel principio di questo paragrafo.

Quando le figlie, col contratto di matrimonio, mediante una tenue dote, hanno rinunziato alla successione in favore del loro fratello primogenito, questo primogenito, che succede in loro luogo nella loro porzione, è soggetto, secondo il nostro principio, alle stesse collazioni alle quali esse sarebbero state soggette, e per conseguenza alla collazione della loro dote.

§ 5. *In quale successione si faccia la collazione.*

La collazione dee farsi nella successione della persona che ha donato.

Allorchè un padre solo dona a uno de' suoi figli de' beni della sua comunione, è riputato far questa donazione in qualità di capo della comunione; e per conseguenza la sua moglie è riputata donare insieme con lui, quanto alla di lei parte nella comunione. Perciò, in caso di accettazione della comunione, la collazione dee farsi solamente per la metà nella successione del padre e per la metà nella successione della madre.

Al contrario in caso di rinunzia alla comunione, la collazione per intiero dee farsi nella successione del padre; perchè la moglie nel detto caso, non avendo niente ne' detti beni, il padre solo è quegli, che ha donato la totalità. Non essendo intervenuta la madre nella donazione, essa non ha niente donato in suo proprio e privato nome; è la comunione quella che ha donato, e in conseguenza essa, avendo rinunziato alla comunione, non ha niente donato, e non vi è niente da conferire nella sua successione.

Non è così allorchè il padre e la madre hanno donato congiuntamente dei beni della comunione; la madre, in tal caso, dona in suo proprio nome; non è già la comunione che dona, ma

sono l' uno e l' altro conjuge. Sia che la madre accetti la comunione, sia che vi rinunci, è sempre vero che essa ha donato congiuntamente con suo marito; e siccome nel caso in cui essa rinunzia alla comunione, non ha niente ne' beni di essa, trovandosi il marito avere fornito la totalità di ciò che hanno donato congiuntamente, essa dee compensar suo marito della metà, che le verrà da suo marito dedotta sulla dote allorchè le sarà restituita in tempo dello scioglimento del matrimonio. Avendo dunque il marito e la moglie fatto in questo caso la donazione ciascuno per la metà, tanto in caso di rinunzia, quanto in quello di accettazione della comunione, la collazione dee farsi per la metà nella successione del padre e per metà in quella della madre.

Parimenti, quando la dote fornita a un figlio consiste in un fondo proprio del marito, se il solo marito sia concorso nel contratto, si reputa averlo donato solo, e la collazione di questo fondo dee farsi per la totalità nella sua successione; ma se il marito e la moglie l' hanno donato congiuntamente, la collazione dee farsene per metà nella successione del padre e per metà in quella della madre; perchè la madre è riputata averne data la metà, e dee perciò a suo marito la metà del prezzo di questo fondo, che ha fornito per la donazione che si proponevano di fare congiuntamente. Parimenti, quando la dote consiste in un fondo proprio della madre, se essa sola, autorizzata da suo marito, è quella che lo ha donato, la collazione dee farsene per la totalità nella sua successione; se poi hanno donato ambedue, la collazione se ne farà per metà in ciascuna successione, e il marito sarà debitore verso sua moglie della metà del prezzo del fondo, che la moglie ha fornito per la donazione che hanno fatto in comunione.

Si domanda, se un figlio debba conferire nella successione di suo padre la donazione fattagli da suo avo paterno. Sembrerebbe che si dovesse rispondere indistintamente di no, secondo la massima stabilita in principio di questo paragrafo, che la collazione non è dovuta che nella successione di quello che ha donato. Nondimeno bisogna fare una distinzione. Se il padre, quando è succeduto all'avo, aveva de' coeredi, a' quali è stato obbligato di conferire la donazione che l' avo aveva fatta a suo nipote, avendo in questo caso il padre con questa collazione indennizzato di questa donazione la successione dell' avo, avendola presa per suo conto, ne è divenuto il donante in luogo dell' avo, e per conseguenza in questo caso il figlio donatario ne dee fare la collazione nella sua successione, ciò che non è contrario, ma conforme al principio qui sopra stabilito. Che se il padre non ha fatto collazione di questa donazione nella successione dell' avo, sia perchè vi abbia rinunziato, sia perchè ne è stato unico erede, sia perchè l'avo vive ancora, in questo caso il figlio donatario non ne dee alcuna collazione nella successione.

Lebrun però crede, che se il padre abbia rinunziato alla successione dell' avo in conseguenza della donazione fatta ad uno de' suoi figli, il figlio donatario debba conferirla nella successione del padre; perchè, attenendosi egli a questo dono per la sua parte ereditaria, ne rende in certo modo conto alla successione dell' avo.

§ 6. *A chi sia dovuta la collazione.*

Essendo introdotta la collazione per istabilire l' eguaglianza fra i figli che vengono alla successione de' loro genitori o altri ascendenti, ne viene di conseguenza che il figlio non dee la collazione, che agli altri figli suoi coeredi; e perciò abbiamo già visto che non poteva essere pretesa dai creditori della successione accettata col beneficio d' inventario.

Per la stessa ragione, se un padre che ha due figli, a uno de' quali abbia fatto una donazione tra vivi, istituisce un terzo estraneo legatario del terzo de' suoi beni, questo legatario non potrà prendere alcuna parte nella collazione de' beni donati tra vivi ad uno de' figli, ed avrà soltanto il terzo de' beni che si sono trovati in tempo della sua morte. Questi beni donati tra vivi a uno dei figli, si di-

videranno tra i due figli; perchè la collazione non è dovuta che ai figli coeredi.

Dee forse per la stessa ragione decidersi che allorquando una matrigna, donataria di suo marito di una parte di figlio, divide la successione di suo marito con un figlio del primo letto di lui, non può far prelevare a questo figlio sopra la sua parte le cose che gli sono state donate da sua padre? Sembrerebbe ch'essa non lo potesse, giusta il nostro principio, che la collazione non è dovuta che a' figli coeredi. Ciò non ostante bisogna dire che lo può per un' altra ragione, ed è, che la misura della donazione fatta alla matrigna è la quantità di ciò che il figlio ha avuto dai beni di suo padre a qualsiasi titolo gli abbia avuti, sia di donazione sia di successione: per conseguenza ciò che gli è stato donato deve essere calcolato con ciò che prende nella successione; senza di che sarebbe in potere del marito di annientare per intiero la donazione fatta alla sua moglie, facendo delle donazioni tra vivi o de' legati a suo figlio, e non lasciando quasi più niente nella sua successione, ciò che non deve essere, la donazione che ha fatto alla sua moglie, essendo una donazione tra vivi, che di sua natura è irrevocabile. Tal è il parere di Lebrun che ne cita una decisione.

Un padre lascia due figli, ad uno de' quali ha donato varj beni, quegli al quale non fu donato niente rinunzia alla successione in frode dei suoi creditori, che sono ammessi ad esercitare i suoi diritti nella successione, possono essi domandare la collazione al figlio donatario? Senza dubbio egli non può, per dispensarsene, opporre il nostro principio che la collazione non sia dovuta che al suo coerede; perchè questi creditori non gliela domandano, che come dovuta effettivamente a questo coerede loro debitore del quale esercitano i diritti. Tal è l' opinione di Lebrun che non soffre difficoltà.

Se questo coerede, a cui la collazione è dovuta, non avesse de' creditori, ma dopo la successione aperta in suo favore egli sia stato condannato a una pena capitale, il fisco potrà egli domandare la collazione? Lebrun gliela ricusa; ma io non vedo sopra qual ragione ei possa fondarsi; imperciocchè avendo egli una volta acquistato il credito della collazione per l' apertura della successione, il fisco, che entra in tutti i suoi diritti, può esercitarla.

Io non vedo abbastanza sopra quale titolo si fondi Lebrun per decidere che negli Statuti d' eguaglianza nei quali il figlio che rinunzia è obbligato alla collazione, i creditori di un figlio erede, a cui questa collazione è dovuta, non possano esercitare i suoi diritti per domandarla: perchè, dal momento ch' egli ne ha acquistato il diritto, per qual ragione non lo potrebbero essi esercitare? Non è questo un diritto pecuniario valutabile, e che è *in bonis*? I creditori non hanno essi il diritto di compensarsi sopra tutto ciò ch' è *in bonis* del loro debitore? Nondimeno Lebrun cita una decisione del Giornale del Foro, di agosto, *alias* 13 dicembre 1674, che bisogna vedere.

Negli Statuti di eguaglianza è quistione non ancora decisa, se, allo stesso modo che in questi Statuti la collazione è dovuta dai figli che rinunciano, sia pure dovuta ai figli che rinunciano. Roaille, antico comentatore dello Statuto del Manese, pretende che non è dovuta che agli eredi. Vedete i testi di questi Statuti.

§ 7. *In che consista l' obbligazione della collazione.*

Il nostro Statuto di Orleans, articolo 306, che deve formare il diritto comune in questo punto, spiega in che consista l' obbligazione della collazione allorchè vi sono de' fondi che sono stati donati. Ecco come esso si spiega: *Se il donatario, in tempo della divisione, possiede i fondi statigli donati, è obbligato di conferirli in natura, o imputarli in altri fondi della successione di egual valore e bontà. E facendo la detta collazione in natura, deve essere rimborsato da' suoi coeredi delle spese utili e necessarie ch'egli avesse fatte per l'aumento dei detti fondi; e se i detti coeredi non vogliono rimborsare, è tenuto di con-*

ferire solamente la stima dei detti fondi, avuto riguardo al tempo della divisione fatta tra essi, deduzione fatta delle dette spese.

Risulta da questo articolo, che la donazione di un fondo fatta a un figlio contiene l' obbligo tacito della collazione in natura, nel caso che il figlio venga alla successione del donante; che egli si obbliga tacitamente verso il donante a questa collazione; che egli diviene debitore del fondo in *essenza e natura, in specie*..

Il figlio donatario soggetto a collazione non è dunque debitore della collazione del valore del fondo che gli è stato donato, ma del fondo stesso in essenza e natura. Ciò è stato prescritto per istabilire tra i figli che vengono alla successione un'eguaglianza perfetta, la quale sarebbe tolta, se uno potesse conservare de' buoni fondi, mentre che gli altri non avrebbero che del danaro, di cui trovassero sovente della difficoltà a fare un buon impiego.

Questa collazione *in essenza e natura*, essendo ordinata dalla legge per istabilire questa eguaglianza, ne segue che non deve essere più in potere del donante di permettere al figlio donatario di ritenere il fondo conferendone il valore, che di dispensarlo per intiero dalla collazione; perciocchè le convenzioni particolari non possono pregiudicare a ciò che è ordinato dalle leggi: *Privatorum pactis juri publico non derogatur*.

È dunque inutile di agitare la quistione, se la stima che un padre faccia de' fondi che dona a suo figlio o a sua figlia si reputi fatta *venditionis causa*, per attribuirgli la facoltà di ritenere il fondo conferendone il valore stimato; poiché quando anche il padre avesse avuto questa intenzione, quand'anche egli avesse voluto dispensare il figlio dalla collazione *in essenza e natura*, non era ciò in suo potere: tali stime che si fanno ne' contratti di matrimonio de'figli, non impediscono dunque che i fondi donati debbano essere, non ostante queste stime, conferiti *in essenza e natura*.

Il figlio donatario di fondi essendo debitore del fondo stesso in essenza e natura, ne segue che questo fondo è dovuto a rischio della successione nella quale deve esser conferito; che vi deve esser conferito tal quale si trova in tempo della collazione che dee farsene, sia che si trovi migliorato ed aumentato di valore, sia che si trovi peggiorato e diminuito di valore, purchè ciò sia avvenuto senza il fatto nè colpa del figlio, e che finalmente se esso fosse perito intieramente senza il fatto nè colpa del figlio, questo figlio è liberato dall' obbligazione della collazione. Ciò è conforme a un principio risguardante la natura delle obbligazioni de'corpi certi: *Species debita solvi debet qualis est. Lucrum et periculum circa speciem debitam spectat creditorem, obligatio speciei extinguitur rei debitae interitu*. Passim tit. *de peri. et comm. rei vend.* tit. *de legat*, tit. *de solutio*: tit. *solut. matrim.*

Noi svilupperemo più minutamente questi principj. 1.° Il fondo soggetto a collazione dev' essere conferito coi miglioramenti che trovansi in tempo della collazione: se tali aumenti sieno naturali, che non hanno costato niente al donatario debitore della collazione, la successione, a cui la collazione è dovuta, ne profitta per puro guadagno, come sarebbero, per esempio, gli accrescimenti delle legna sopra questo fondo, degli alberi di alto fusto, l' avvenimento di un' alluvione, ec.

Se sono aumenti industriali, che sieno stati fatti dal donatario e che gli abbiano costato della spesa, il fondo dee per verità esser conferito con questi aumenti; ma, siccome è un principio di equità, che niuno deve arricchirsi a spese altrui, *neminem aequum est locupletari cum alterius detrimento*, la successione dee tener conto al figlio che conferisce il fondo, di ciò che gli è costato, non però sempre di tutto ciò che gli è costato, ma fino alla concorrenza solamente di quanto la successione ne profitta, vale a dire, fino alla concorrenza di quanto il fondo è stimato valere di più in tempo della collazione che dee farsene.

In ciò le spese utili differiscono dalle necessarie; perchè le spese necessarie fatte dal figlio donatario sul fondo, che conferisce, devono essergli rimborsate, non solamente fino

alla concorrenza di quanto il fondo abbia guadagnato in valore, ma intieramente, quando anche il frutto di queste spese fosse stato distrutto da qualche caso fortuito sopravvenuto di poi, e che per ciò la successione non ne profittasse. Per esempio, se un granajo necessario ad una possessione donata al figlio cadeva in ruina, e che questo figlio l' abbia fatto ricostruire, quantunque in seguito esso sia incendiato dal fulmine, e che in grazia di questo avvenimento la successione non profitti della spesa che ha fatto, essa non lascerà di essere obbligata a tenergli conto di ciò, che è costato o dovuto costare a questo figlio per la ricostruzione di questo granajo, poichè era una spesa necessaria; perchè, facendola, faceva il bene della successione futura nella quale il granajo doveva esser conferito; che in fatto di spese necessarie, *sufficit quod ab initio utiliter gestum sit, licet utilitas non duraverit*; che se la donazione non fosse stata fatta, il donante avrebbe egli stesso fatto questa spesa, e ciò che avrebbe costato si troverebbe di meno nella successione; e che la successione in conseguenza profitta nel trovare questa somma che si sarebbe trovata di meno, *in tantum locupletiorem donatoris haereditatem fecit in quantum ejus pecuniae pepercit.*

A riguardo delle spese puramente voluttuose, che il donatario abbia fatte sul fondo soggetto a collazione, siccome esse non ne aumentano il prezzo, e che in conseguenza la successione non ne profitta, essa non è obbligata di tenerne conto al figlio, che le ha fatte, ma essa deve almeno permettergli di togliere e di trasportare ciò che può levarsi *sine rei detrimento*, e ristabilendo le cose nello stato in cui erano allorchè il fondo è stato donato.

Non si deve egualmente tenergli conto di tutte le spese usufruttuarie e di mantenimento, perchè *sunt onera fructuum*, queste sono pesi del godimento che ne ha avuto.

Il figlio non ha, che il mezzo della ritenzione per le spese delle quali la successione dee tenergli conto; perciò il nostro Statuto dice che: *Se i detti coeredi non vogliono rimborsare, è tenuto a conferire solamente la stima dei detti fondi, avuto riguardo al tempo della divisione fra essi, deduzione fatta delle dette spese.*

2.° Quando il fondo soggetto a collazione sia stato diminuito o deteriorato senza il fatto, nè colpa del figlio donatario, basta, come abbiamo detto, di conferirlo tal quale è; la successione dee sopportare queste perdite allo stesso modo ch' essa profitta degli aumenti. Per esempio, se il fiume ha trasportato delle terre, se le inondazioni le hanno arrenate, se gli alberi sono stati abbattuti da forti venti, basterà di conferire il fondo tal quale si trova. Parimenti, se una casa è stata incendiata, basterà di conferire il suolo, e i materiali involati alle fiamme; se per colpa de' conduttori sia avvenuto l' incendio, il figlio deve ancora conferire le azioni che può avere contro di essi pe' danni ed interessi risultanti dall' incendio, e ciò che può avere ricevuto da essi in conseguenza delle sue azioni.

Che se il fondo fosse deteriorato per mancanza del donatario soggetto a collazione, per esempio, se una casa cadesse in rovina per mancanza di manutensione, o le vigne fossero in cattivo stato per non averle egli letamate, avvignate e fattovi il necessario lavoro, sarebbe obbligato a tenere conto alla successione di queste degradazioni, a stima di periti.

3.° Se il fondo soggetto a collazione sia intieramente perito senza sua colpa, per esempio, se il fiume lo ha trasportato, esso è intieramente liberato dalla collazione. Che se la cosa è perita per sua colpa, per esempio, se egli ha lasciato prescrivere le rendite, che gli sono state donate, è obbligato di tener conto di questa perdita alla successione e di conferirne la stima.

4.° Se la cosa soggetta a collazione sia stata piuttosto cambiata in un'altra cosa anzichè perita; se questa conversione si è fatta senza il fatto nè la colpa del figlio donatario, la sua obbligazione di conferire in essenza e natura la cosa che gli è stata donata, si è convertita in quella di conferire la cosa in cui s' è convertita

quella che gli è stata donata; per esempio, se il debitore della rendita enfiteutica che gli era stata donata abbia retroceduto il fondo che vi era soggetto; se le rendite che gli erano state donate, gli sieno state rimborsate, la sua obbligazione di conferire queste rendite si converte in quella di conferire il fondo, che gli è stato abbandonato per la rendita, o i denari del riscatto di quelle, che sono state estinte.

Il figlio che desiderasse ritenere il fondo che gli è stato retroceduto, il quale fosse aumentato in bontà dopo l'abbandono che gliene è stato fatto, potrebbe ei ritenerlo offrendo di continuare alla successione una rendita enfiteutica come quella, che gli era stata donata? No. Essendo divenuto una volta debitore del fondo in luogo della rendita, per la conversione, che si è fatta della rendita nel fondo, non dev'essere in suo potere di cambiare la sua obbligazione; gli aumenti che sono sopravvenuti nel fondo abbandonato, del quale la collazione è dovuta alla successione, devono andare a vantaggio della successione stessa, siccome se fosse deteriorato e perito essa ne avrebbe sofferto la perdita; la collazione dee rimettere le cose nello stato in cui sarebbero se la rendita non fosse stata donata. Ora, se essa non fosse stata donata, l'abbandono sarebbe stato fatto al donante, e il fondo donato si troverebbe nella sua successione: esso vi deve dunque essere conferito.

Che se tale conversione si fosse fatta per suo fatto o colpa, per esempio se egli avesse accettato il riscatto di una rendita, che non era redimibile, o la retrocessione per parte di un debitore che non avesse la facoltà di farla, non si farebbe luogo alla conversione di questa obbligazione; egli rimarrebbe sempre obbligato alla collazione in essenza e natura della cosa che gli è stata donata; e non potendo eseguirla, perchè non esiste più la cosa, dovrebbe conferire la stima di ciò, che questa cosa varrebbe in tempo della divisione, se essa sussistesse ancora.

5.° Quando il figlio donatario ha alienato il fondo a lui donato, se questa alienazione è stata necessaria, per esempio se egli fosse stato obbligato da un decreto del consiglio di venderlo per la costruzione di una piazza pubblica, o se gli si fosse donato una parte di un fondo indiviso che mediante la licitazione fosse stato aggiudicato per intiero al suo comproprietario, in questo caso ed altri simili, la sua obbligazione di conferire la cosa in essenza e natura si convertirebbe in quella di conferire le somme avute in vece della cosa.

Che se l'alienazione ch'egli ha fatta della cosa donatagli sia stata volontaria, siccome non dee dipender da lui di cambiare l' oggetto della sua obbligazione, così egli rimane, non ostante questa alienazione, debitore della collazione del fondo in essenza e natura, e non potendo egli conferirlo, perchè più non lo ha, egli dee conferire la stima di ciò che vale nello stato in cui si trova in tempo della divisione; eccetto che se fosse deteriorato per sua colpa o quella de'suoi successori cui l'abbia alienato, si dovrebbe aggiungere alla stima del fondo quella dei danni ed interessi risultanti dalle dette degradazioni, di cui sarebbe parimenti obbligato a tener conto alla successione. *Contra vice-versa*, si deve, secondo la stima del fondo, fargli deduzione delle spese necessarie ed utili, secondo che l'abbiamo spiegato quì sopra, sia che esse sieno state fatte da lui, sia che sieno state fatte da'suoi successori.

Secondo questi principj, siccome nel caso, che il fondo soggetto a collazione, che il figlio donatario ha volontariamente alienato, e che si trovava in tempo della divisione valere di più del prezzo per lo quale egli lo ha venduto, o perchè gli stabili fossero aumentati di prezzo, od in grazia degli aumenti naturali ed intrinseci sopravvenuti in questo fondo, siccome, dissi, non basterebbe al figlio di conferire il prezzo per lo quale lo ha venduto, così, *vice versa*, se questo fondo si trova in tempo della divisione valer meno del prezzo per lo quale è stato venduto, sia perchè i beni stabili fossero diminuiti di prezzo, sia per le deteriorazioni e diminuzioni sopravvenute in questo fondo per caso fortuito, i coeredi del figlio

obbligato alla collazione saranno tenuti di contentarsi della collazione della somma che vale il fondo nello stato in cui si trova in tempo della divisione, e non potranno esigere la collazione di tutta la somma per la quale il figlio donatario lo ha venduto.

Per la stessa ragione, se il fondo soggetto a collazione fosse interamente perito per caso fortuito, quantunque dopo la vendita che il figlio ne ha fatta, per esempio se è un prato che il fiume ha trasportato, questo figlio sarà interamento liberato dall' obbligazione della collazione, e profitterà del prezzo per lo quale lo ha venduto, senza essere obbligato di nulla conferire. Non è straordinario in diritto, che il debitore di un corpo certo profitti in cotal modo della perdita totale della cosa da lui dovuta.

Rimane una quistione che consiste in sapere se i coeredi, a cui la collazione di un fondo donato al loro coerede è dovuta in essenza e natura, possano evincere un terzo acquirente a cui egli l' avesse venduto. La ragione di dubitare è, che il figlio donatario non avendo la proprietà del fondo, se non col peso della collazione, sembra che non abbia potuto trasferirlo a questo terzo acquirente, se non collo stesso obbligo. Bisogna però decidere, che i coeredi non hanno alcuna azione contro i terzi acquirenti; questi coeredi, che vengono alla successione di un padre o di una madre comune, devono contentarsi di prededurre al loro coerede il valore del fondo, che ha alienato piuttosto che di esporlo a de' ricorsi in garenzia agendo contro l'acquirente, che ha acquistato da lui, *res non sunt amare tractandae inter personas conjunctas*.

Tutto ciò che abbiamo stabilito finora sopra la collazione di fondi donati ad uso de' figli, ha luogo negli Statuti di Parigi e di Orleans, e in quelli che non hanno disposizioni contrarie; vi sono però degli Statuti che dispongono diversamente, e che permettono al donatario di conferire il prezzo per lo quale il fondo gli è stato donato, allorchè la stima ne è stata fatta senza frode, o il prezzo che valeva in tempo della donazione. *Statuti di Sens, Auxerre.*

Per la collazione degli uffizj e dei mobili, si osservano principj affatto differenti da quelli che noi abbiamo stabiliti per la collazione dei fondi e delle rendite. Il figlio donatario di un uffizio o di un mobile, non è obbligato a conferire in essenza e natura le cose che gli sono state donate; ma solamente ciò ch'esse valevano quando gli sono state date, e la somma statagli donata per farvisi ammettere. La ragione di tale differenza riguardo agli uffizj è desunta dall'indecenza che vi sarebbe a dispossessare un pubblico funzionario, se egli fosse obbligato alla collazione del suo uffizio in essenza e natura. Riguardo a' mobili, essendo queste cose per loro natura soggette a consumarsi o almeno a deteriorarsi col tempo, non è convenienza che la collazione ne sia dovuta in essenza e natura.

Il donatario di un uffizio o di cose mobili non essendo debitore della collazione delle cose anche che gli sieno state donate, ma solamente del prezzo che valevano in tempo della donazione, ne segue che queste cose sono a suo rischio e non a rischio della successione, e che quand' anche esse perissero, quand' anche l' uffizio venisse soppresso, il figlio non dovrebbe meno conferire il prezzo che valevano quando esse gli sono state donate.

Nasce da ciò parimenti, che il donatario non potrebbe evitare la collazione di questo prezzo offrendo di conferire le cose stesse in natura.

Dall' essere l' uffizio a rischio del figlio cui fu donato, segue altresì che egli non può domandare che i suoi coeredi gli tengan conto delle tasse che fu obbligato a pagare per questo uffizio.

Osservisi che se fosse provato che un padre o una madre avesse portato i mobili che donava a uno de' suoi figli al di sotto del loro giusto valore, i coeredi potrebbero obbligarlo a conferire non solamente la somma portata dal contratto, ma il loro giusto valore; è però permesso ad un padre di donare il suo uffizio a suo figlio pel prezzo che gli ha costato, sebbene sia aumentato di valore e che si trovi valere di più allorchè ne fa

la donazione; si tollerano questi tenui vantaggi per dar luogo a'padri di sostenere il nome delle loro famiglia. Così fu giudicato con la decisione di Tambonneau riportata da Lebrun.

Dalla ragione, che noi abbiamo riportata segue,che questa decisione non deve aver luogo che per le cariche di giudicatura, proprie a conservare lo onore del nome del defunto, e perciò un padre non potrebbe donare allo stesso modo a suo figlio un impiego di procuratore o di ricevitore delle imposte pel prezzo che gli avrebbe costato, se esso valeva di più in tempo della donazione. Lebrun, *ibid.*

Per la stessa ragione, se il figlio a cui il padre abbia donato pel prezzo che gli ha costato un impiego aumentato di prezzo, non vi si fa ammettere e lo rivende all'istante, egli dee conferire il prezzo che valeva in tempo della donazione, e pel quale lo ha rivenduto.

Ci resta di parlare degl' impieghi della casa del re, governi ed altri simili impieghi. Allorchè un padre rivestito di una tale carica la cede con autorizzazione del re ad uno de' suoi figli, questo figlio non deve alcuna collazione nè dell' impiego, nè del valore di esso; la ragione è che questi impieghi sono semplici commissioni rivocabili a volontà del re e che non sono riputati *in commercio, in bonis* de' particolari; il padre facendo passare un tale impiego al suo figlio, non gli ha fatto passare alcuna parte de'suoi beni, e per conseguenza non può esservi luogo a collazione: d' altronde questi impieghi essendo *res extra bona, res extra commercium*, di loro natura non possono essere compresi nella massa de' beni della successione; essi non sono dunque soggetti a collazione in natura, nè vi è soggetto il prezzo in loro luogo, perciocchè non essendo *in commercio*, essi non hanno propriamente prezzo.

Che se il padre non aveva l'impiego, e che gli avesse sborsato qualche somma per farlo avere a suo figlio, questa è una donazione che gli ha fatta, e che è soggetta a collazione.

§ 8. *Dell' effetto della collazione e dell'alternativa di prender meno in altri beni.*

Quando il fondo donato ad uno de'figli e da lui conferito realmente è caduto nella parte di alcuno de'suoi coeredi, l' effetto della collazione è che il dritto che il donatario avea nel fondo conferito si risolve, e si reputa appartenere alla successione del donante, come se non fosse stato donato; il coerede, nella cui quota è caduta, è riputato succedere in questo fondo al defunto, come se esso non avesse mai appartenuto a suo fratello che lo ha conferito, e per conseguenza senza alcun peso d'ipoteche e diritti reali che il donatario, che lo ha conferito, avesse potuto imporvi.

Questi diritti reali ed ipoteche si risolvono in questo caso nello stesso modo che si risolve il dritto del donatario che le ha imposte, secondo la regola, *soluto jure dantis solvitur jus accipientis.*

Questa decisione ha luogo quando anche le divisioni fossero state fatte con atto per privata scrittura. Lebrun, *Trat. delle suc.*,tit. *delle collaz.*, sez. 4.

La collazione de' fondi non si fa sempre realmente: lo Statuto accorda al donatario l' alternativa *di prender meno in fondi di eguale valore e bontà.* Allorchè il donatario vuole godere di questa alternativa, la collazione non si fa che per finzione; vale a dire che si aggiunge solamente alla massa de' beni ereditarii il fondo che è soggetto a collazione pel prezzo che vale in tempo della divisione; affin di fissare l'ammontar di tutta la massa e di regolare le parti di ciascuno de' coeredi. Questa collazione fittizia essendo fatta, il donatario ritiene, sopra la parte, che deve avere nella detta massa, il fondo soggetto a collazione per lo prezzo che è stimato valere, e prende tanto di meno ne'beni della successione. Per esempio, se vi sono quattro eredi; che la massa de'beni, compreso il fondo che vi è stato conferito per finzione e prelevata l'anteparte del primogenito, ammonti a 100,000 lire, e che il fondo soggetto a collazione sia stato stimato 80,000, ritenendo questo fondo

per la detta somma di 80,000 lire, non gli resterà più da prendere nei beni lasciati dal defunto, che la somma di 20,000 lire, per compiere le 100,000 cui ammonta la parte di ciascun erede; egli prenderà dunque 80,000 lire di meno di ciascuno de'suoi coeredi, essendo pagato di questa somma di 80,000 lire pel fondo, che ritiene soggetto a collazione.

Non è sempre in potere del figlio donatario di ritenere il fondo che gli è stato donato prendendo meno nel soprappiù de' beni ereditarii; perchè egli possa godere di questa alternativa, bisogna che vi sieno nella successione de'fondi pressochè eguali in bontà a quello che deve conferirsi, e in quantità sufficiente perchè ciascuno de' suoi coeredi possa presso a poco uguagliarsi a lui: ciò vuol dire lo Statuto con queste parole, « *meno prendere in fondi di eguale valore e bontà* ; altrimenti egli non può godere dell'alternativa di meno prendere, e non può dispensarsi dal conferire realmente; perchè quando non vi sono abbastanza fondi di eguale bontà del suo, per eguagliare presso a poco i suoi coeredi, è evidente che l'eguaglianza sarebbe offesa ove egli fosse dispensato dal conferire realmente, e che gli fosse permesso di conservare ciò che vi ha di migliore, mentre che i suoi coeredi avrebbero de'fondi inferiori.

ARTICOLO III.

Della collazione nella successione collaterale e della incompatibilità delle qualità di erede e di legatario.

§ 1. *Varietà degli Statuti sopra questa collazione, ed a quali faccia d'uopo attenerci.*

Gli Statuti non sono concordi sulla collazione nella successione collaterale. Vi sono alcuni che vogliono la stessa eguaglianza tra gli eredi collaterali, che tra i figli; ed in conseguenza obbligano gli eredi collaterali, egualmente che i figli, a conferire le donazioni tra vivi che loro fossero state fatte: sono gli Statuti di Blois, di Angiò e del Manese, che obbligano i collaterali eredi presuntivi, come i figli, anche nel caso in cui rinunziassero alla successione.

Gli Statuti di Parigi, di Orleans, e la maggior parte degli altri, non obbligano gli eredi collaterali alla collazione delle donazioni tra vivi che loro fossero state fatte dal defunto, ma non permettono di essere nello stesso tempo erede e legatario.

Ve ne sono di quelli che permettono espressamente di essere erede e legatario. Ve ne sono di quelli che non ne parlano.

É una quistione riguardo a questi, se si debba adottare la disposizione dello Statuto di Parigi e degli altri che la proibiscono. É stato giudicato per lo Statuto del Vermandese che non si devono estendere: decisione riportata da Lebrun. Ciò mi sembra ben giudicato; poichè questi Statuti, come lo vedremo in appresso, non essendo fondati che sopra ragioni arbitrarie, che non sono desunte dalla natura delle cose, nè da alcuna equità naturale, non devono essere estesi fuori del loro territorio, nè ristringere, nelle provincie che non vi sono sottoposte, la libertà naturale che ciascuno ha di disporre come gli piace de'suoi beni D'altronde non essendovi uniformità sopra questo punto nei differenti Statuti, non vi è ragione di seguire piuttosto quello di Parigi, che un altro, e non si può dire, che la sua disposizione generale contenga il dritto generale de'paesi statutarii, che bisogna seguire negli Statuti, che non ne parlano.

Nella varietà degli Statuti, per decidere se l'erede possa prendere nella successione il prelegato che gli è fatto, si deve seguire quello del luogo dove il testatore aveva il suo domicilio, o quello del luogo dove il fondo legato è situato? Questa quistione dipende da quella di sapere, se lo Statuto, che proibisce di essere erede e legatario, sia uno Statuto personale o reale. É massima costante nella nostra giurisprudenza che noi non riguardiamo come Statuti personali, se non quelli che hanno per oggetto lo stato delle persone, come sono quelli che regolano la tutela dei

minori, la maggiorità, l'età e la capacità di testare, ed altri simili: gli altri Statuti che hanno per oggetto le cose, la maniera di succedervi, la loro disponibilità ec., sono Statuti reali; tale è la legge che non permette di essere erede e legatario. Essa ha per oggetto delle cose delle quali ordina una divisione eguale fra gli eredi che vi succedono, senza che sia permesso al defunto di avvantaggiare uno più dell' altro nel testamento.

Ora, un altro principio egualmente costante è, che gli Statuti reali esercitano il loro impero sopra tutte le cose situate nel loro territorio senza distinzione di qualunque sorta di persone. Dunque lo Statuto del luogo dove è situato il fondo legato deve servire di norma, e non quello del luogo in cui il testatore aveva il suo domicilio. E perciò se un testatore domiciliato nello Statuto di Rheims, che permette i prelegati fatti agli eredi, lega ad uno dei suoi eredi un fondo situato nel territorio dello Statuto di Parigi, questo legato non sarà valido; poichè lo Statuto di Parigi, che proibisce questi prelegati, esercita il suo impero sopra tutti i fondi situati nel suo territorio senza distinzione di persone, e per conseguenza non esclusa questa persona di Rheims. Al contrario, un parigino può fare un prelegato di un fondo situato a Rheims, poichè lo Statuto di Parigi, che proibisce i prelegati, non può avere impero che sopra il suo territorio, e non può impedire il prelegato di un fondo situato in uno Statuto che lo permette.

Se questo legato fosse di cose mobili o altre che non hanno luogo fisso, e seguono la persona a cui esse appartengono, in questo caso lo Statuto cui la persona del testatore è sottoposta, vale a dire, quello del domicilio che il testatore aveva in tempo della sua morte, regolerà la validità o l'invalidità del legato.

§ 2. *Della disposizione degli Statuti di Parigi e di Orleans, sopra la incompatibilità della qualità di erede e di legatario, e in quali casi essa può avere luogo.*

Lo Statuto di Parigi, *art.* 300, si spiega così: *Nessuno può essere insieme erede e legatario di un defunto*, e l'*art.* 301: *può tuttavolta essere donatario ed erede in linea collaterale.* Il nostro Statuto di Orleans, *art.* 288, si spiega presso a poco allo stesso modo.

Queste disposizioni non sono fondate sopra alcuna incompatibilità naturale che vi sia tra le qualità di erede e di legatario. Ve ne ha bensì una tra queste due qualità, riguardo alla porzione nella quale si succede come erede; non si può esser legatario di una cosa per la porzione nella quale si succede nella qualità di erede; perchè avendo acquistato questa porzione nella qualità di erede, io non posso acquistarla una seconda volta nella qualità di legatario, *quod meum est, meum amplius fieri non potest*; io non posso esser creditore come legatario della cosa che mi è legata, per la parte della quale io ne sarei debitore come erede; perchè queste due qualità di creditore e di debitore distruggonsi nella stessa persona; ma se il legato fatto ad un erede, non può, per la natura delle cose, valere per la parte, che ha egli stesso nella cosa legata; se queste due qualità sono incompatibili per questa parte, la natura delle cose non impedisce in alcun modo che il legato fatto all' erede sia valido per le porzioni de' suoi coeredi nella cosa legata, *legari a semetipso non potest, a coherede potest.*

La disposizione de' nostri Statuti sopra questo punto non è dunque fondata sulla natura stessa delle cose; essa non è fondata nemmeno sopra una ragione di equità naturale, perchè non è una cosa contraria all' equità naturale, che quando uno de' nostri eredi presuntivi ci è stato più attaccato degli altri, ci ha reso più servigi, potessimo attestargli l' affezione particolare che abbiamo per lui con qualche presente che possa prendere, malgrado la sua parte, nella nostra successione.

Questa disposizione ha per solo fondamento l' inclinazione del nostro diritto francese a conservare l' eguaglianza fra gli eredi, come un mezzo di conservare la pace e la concordia nelle famiglie, e di chiuder l' adito alle

gelosie cui darebbero luogo i vantaggi che si facessero ad uno degli eredi in preferenza degli altri. Era tanto più importante di mantener questa eguaglianza a riguardo di uomini guerrieri e feroci, come erano i nostri antenati, più suscettibili degli altri di gelosia, e sempre pronti a venire alle mani pei più piccoli motivi.

Gli Statuti di eguaglianza che non permettono ad uno degli eredi presuntivi di conservare il vantaggio che gli è fatto, rinunziando anche alla successione del defunto che glielo ha fatto, sono quelli che sembrano aver meglio conservato lo spirito del nostro antico diritto sopra questo punto.

I nostri Statuti permettendo all' erede presuntivo di conservare i vantaggi che gli sono fatti rinunziando alla successione, sembrano avere abbandonato con ciò lo spirito del nostro antico diritto, ed averne solamente ritenuto la lettera con questa sottigliezza, che la legge proibendo i vantaggi agli eredi, quegli che rinunziasse alla successione non essendo erede, mediante la sua rinuncia, non si trovava compreso nella proibizione della legge.

Noi non preferiamo per ciò gli Statuti d'eguaglianza ai nostri: se questi hanno deviato dallo spirito del nostro antico diritto, la cui osservanza non era più necessaria dopo che i nostri costumi si sono inciviliti, essi si sono avvicinati alla libertà del diritto naturale, che ci permette di disporre de' nostri beni a nostro piacere, e di attestare una affezione particolare a coloro de' nostri parenti che l' hanno meglio meritata. I nostri Statuti avvicinandosi in ciò al diritto naturale, non hanno nondimeno voluto, rispetto agli antichi usi, sembrare abbandonare l' antico diritto francese; e perciò essi ne hanno conservato la lettera, proibendo i vantaggi tra eredi che verrebbero insieme alla successione di colui che gli ha fatti.

Risulta da tutto ciò, che quando i nostri Statuti dicono, *che nessuno può essere erede e legatario*, non intendono di ordinare altra cosa che l' eguaglianza tra gli eredi che vengono insieme alla successione de' beni di un defunto, ordinando loro di conferire e lasciare nella massa de' beni, che hanno da dividere, tutti i legati che sarebbero stati fatti ad alcuno di loro.

Essi non richiedono nondimeno una eguaglianza sì perfetta tra i collaterali che tra i figli; perchè essi obbligano i figli a conferire nella massa comune, non solamente ciò che sarebbe stato legato ad alcuno di loro, ma anche ciò che loro sarebbe stato donato fra vivi direttamente o indirettamente; in vece che essi obbligano gli eredi collaterali soltanto a lasciare nella massa comune ciò che è stato legato ad alcuno di essi, e non ciò che loro fosse stato donato tra vivi; contentandosi che vi sia eguaglianza fra essi nei beni ereditarj che hanno da dividere, e non considerando quelli che, essendo stati donati per atto tra vivi, non fanno più parte di questa successione.

Del resto, essa è una specie di collazione che i nostri Statuti ordinano tra gli eredi ascendenti o collaterali come tra i figli, sennonchè quella ordinata pe' figli eredi si estende a più cose, estendendosi anche a ciò che fosse stato donato loro tra vivi.

La vera interpetrazione di questi termini, *nessuno può essere erede e legatario*, è dunque questa: nessuno può pretendere a titolo di legato, alcuna cosa de' beni ne' quali egli ha parte come erede, ma deve lasciare le cose che gli sono legate e conferirle nella massa comune che dee dividere co' suoi coeredi.

La disposizione di questo Statuto stabilendo una collazione che un erede è obbligato di fare a' suoi coeredi delle cose che gli sono legate, ne viene che onde abbia luogo, bisogna essere erede della specie de' beni de' quali si è legatario, ed avere de' coeredi in questa specie di beni a' quali si possa essere obbligato di conferire ciò che è stato legato.

Da ciò nasce, che quegli che è erede de' beni di un defunto situati nel territorio di uno Statuto, e che non è chiamato alla successione dei beni della stessa persona situati nel territorio di un altro Statuto, può essere legatario di questi beni come po-

trebbe esserlo un estraneo; perchè non essendo chiamato dallo Statuto del luogo alla successione di questi beni, egli è estraneo relativamente ad essi. Per esempio, se una persona che ha lasciato de' fratelli ed un nipote aveva de' beni situati ad Orleans, dove la rappresentazione ha luogo, ed a Blois dove essa non ha luogo, questo nipote, che è erede co' fratelli del defunto de' beni situati ad Orleans; potrà esser legatario de' beni situati a Blois, poiche lo Statuto non ammettendo la rappresentazione, egli non è erede di questi beni. Così è stato giudicato dalle decisioni.

Vi sono alcuni autori che hanno preteso che il nipote almeno non poteva esser legatario di una maggiore porzione ne' beni situati a Blois, di quella alla quale sarebbe succeduto se fosse stato chiamato alla successione di questi beni co' fratelli del defunto; ma questa opinione non ha fondamento, bisogna decidere che egli può esser legatario di questi beni nello stesso modo che lo potrebbe essere un estraneo; e per conseguenza, se questi beni situati a Blois sono acquisti, egli può essere legatario della totalità come lo potrebbe essere un estraneo: la ragione n'è evidente, egli non può essere obbligato a conferire questi beni che gli sono legati, nè dallo Statuto di Blois, nè da quello di Orleans; lo Statuto di Blois non ve l' obbliga, poichè esso obbliga a questa collazione soltanto gli eredi; non interdice la qualità di legatario che agli eredi, e non lo riconosce per erede. Non vi può essere nemmeno obbligato dallo Statuto di Orleans che non può ordinare una collazione de' beni situati fuori del suo territorio, e sopra i quali non ha alcun impero.

Secondo lo stesso principio, un fratello consanguineo o uterino che succede co' fratelli germani del defunto ne' beni situati nel territorio dello Statuto di Parigi, che non accorda alcuna prerogativa al doppio vincolo, può esser legatario degli acquisti situati nel territorio dello Statuto di Orleans de' quali egli non è erede.

Se l' erede fosse chiamato alla successione dall' uno e dall'altro Statuto potrebb' egli, accettando la successione de'beni che gli sono deferiti da uno di questi Statuti, ripudiare la successione de' beni che gli sono deferiti dall' altro Statuto nel circondario del quale sono situate le cose che gli sono legate, per poterne esser legatario? I pareri de' commentatori sono divisi sopra questa quistione: essa dipende da quella che noi abbiamo trattata altrove, se si possa accettare la successione di un defunto pe' beni che sono deferiti da uno Statuto, e ripudiarla per quelli deferiti da un altro. Ivi rimetto il lettore.

Dal principio che noi abbiamo stabilito che bisogna, onde la disposizione dei nostri Statuti abbia luogo, essere erede della specie de' beni di cui si è legatario, nasce che quegli ch' è erede ne' soli beni proprj di una linea, per esempio nei proprj paterni, può essere legatario dei mobili ed acquisti: perciocchè, non essendo erede di questi beni, egli è estraneo relativamente a questi beni, per conseguenza niente gl' impedisce di esserne legatario. D' altronde gli eredi de' mobili ed acquisti non essendo suoi coeredi, non possono domandargli che faccia la collazione del suo legato, e che lo lasci nella massa comune; poichè questi eredi non sono i coeredi di questo legatario, e non hanno alcuna massa comune da dividere con lui; i suoi coeredi ne' beni proprj paterni non possono escluderlo dalla sua parte nella successione de' proprj paterni opponendogli la sua qualità di legatario, poichè non vi hanno alcun interesse; e se egli è legatario, non lo è a loro spese, essendo legatario de' beni ne'quali non ha diritto di succedere. *Vice versa*, gli eredi ne' mobili ed acquisti non possono, per escluderlo dal legato, opporgli la qualità di erede de' beni proprj paterni, non avendo alcun interesse a questa qualità che loro deve essere estranea, poichè, quando il legatario rinunziasse a questa qualità, essi non ne profitterebbero.

Per le stesse ragioni, si deve decidere che un erede ne' mobili ed acquisti, e proprj materni, può essere legatario del quinto dei proprj paterni.

Quantunque queste ragioni sieno abbastanza decisive, bisogna nondimeno convenire, che la giurisprudenza non è molto costante sopra queste quistioni: che sono state diversamente giudicate dalle decisioni, e che ve ne ha qualcuna moderna che ha giudicato contro il nostro sentimento; ma io non penso che debba essere seguita.

Un fratello consanguineo che succede co' fratelli germani del defunto ne' beni proprj paterni, può egli esser legatario de' mobili ed acquisti? Le ragioni sopra le quali noi ci siamo fondati per decidere la quistione precedente, non si riscontrano tutte qui; non si può dire, come nell' altro caso, che quelli a' quali egli comanda il rilascio del suo legato non sieno suoi coeredi, poichè succede con essi ne' beni proprj paterni; non si può dire, come nell' altro caso, che essi non hanno alcun interesse ch'egli sia erede o no; poichè se non lo fosse, la sua parte ne' beni proprj paterni loro si accrescerebbe. Nonostante ciò, vi è una ragione sufficiente per decidere, come nella quistione precedente, che questo erede può essere legatario; ed è che non è erede nella specie de' beni di cui è legatario. Ora, secondo il principio che noi abbiamo stabilito qui sopra, perchè la disposizione dei nostri Statuti abbia luogo bisogna essere erede della stessa specie di beni di cui si è legatario; perchè altrimenti non vi è concorso delle qualità di erede e di legatario.

Lo Statuto non impedisce ad alcuno di essere legatario che ne' beni, ne' quali egli prende parte in qualità di erede: ciò è quanto significa questa antica regola, *aucun ne peut être aumonier*, vale a dire legatario, *et parsonnier*, vale a dire, ed aver parte in qualità di erede. Lo Statuto, pronunciando che nessuno può esser legatario ed erede, non vuole altra cosa, che obbligare gli eredi a conferire, a lasciare nella massa comune le cose che loro sono legate: essa suppone dunque che le cose legate fanno parte di una massa nella quale essi hanno diritto di prender parte in qualità di erede. Dunque quegli che non ha alcun diritto di prendervi parte in qualità di erede, che non n' è erede, può esserne legatario quantunque sia erede di un' altra specie di beni.

Noi abbiamo di già osservato una prima differenza tra la collazione che ha luogo tra gli eredi della linea diretta e quelli della collaterale; ed è che quella che ha luogo nella linea collaterale non si estende, secondo i nostri Statuti, che a' legati fatti ad alcuno di loro, in vece che quella che ha luogo nella diretta, s' estende anche a' vantaggi fatti per donazione tra vivi.

Vi è una seconda differenza, ed è che, tra i figli, un figlio è tenuto non solamente di conferire ciò ch' è donato o legato a lui stesso, ma anche ciò ch' è donato o legato a' suoi figli, ciò ch' è donato a sua moglie, a suo marito, quando profitta della donazione, ec. Al contrario, tra eredi collaterali, ciascuno non è obbligato di conferire se non ciò ch' è stato legato a lui stesso; il legato fatto a uno degli eredi non è valido, ma quello fatto ad alcuno de' figli di uno degli eredi è valido: *decisione di Louet, lettera D.*, n. 17. Quello fatto a sua moglie è valido quantunque egli ne profitti e cada nella sua comunione.

La ragione di queste differenze è, che i beni di una persona non essendo dovuti a' suoi eredi collaterali, come sono dovuti a' suoi figli, non si è giudicato a proposito di mantenere l' eguaglianza tra gli eredi collaterali collo stesso scrupolo che tra i figli.

Vi sono però alcuni Statuti che non permettono di lasciar legati ai figli dell' erede collaterale, come è quello della Turena, art. 301, e gli Statuti di eguaglianza.

Per la stessa ragione, in questi Statuti i legati fatti alla moglie dell' erede, generalmente tutti quelli dei quali l' erede profitta indirettamente, debbono essere conferiti.

ARTICOLO IV.

Del modo con cui si procede alla divisione, e delle licitazioni.

Le divisioni si fanno amichevolmente con atto innanzi notajo, o anche sovente con atto per privata scrittura

o pure si fanno dal giudice, ciò che si osserva quasi sempre allorchè alcuno dei condividenti sia minore.

Allorquando le parti sono maggiori, e che non possono tuttavia esser d'accordo sulla divisione, il giudice, sulla domanda d'una di esse, le rimette dinanzi uno de' loro parenti o amici comuni scelto su la lista ch' ei ne presenta, onde coll' opera dei detti parenti o amici comuni si faccia la divisione e si ultimino le loro controversie.

Sebbene alcuna delle parti sia minore, ciò nondimeno non si tralascia quasi mai di rimettere dinanzi i parenti o amici comuni per evitare le spese di una divisione giudiziale.

Ciascun coerede può domandare di avere in natura la sua parte de' mobili come degl' immobili ereditarj; per ciò i coeredi fanno fra essi le parti di questi mobili, o quando non possono concertarsi sulla maniera di comporle, le fanno fare da qualche perito eletto da esse parti, o che fanno nominare dal giudice, quando non possono convenirne.

Si fanno altrettante parti quanti sono i condividenti; se non convengono fra loro sulla scelta delle parti, le estraggono a sorte.

Se vi fossero dei debiti od altri pesi della successione per l' estinzione dei quali la vendita de' mobili fosse necessaria, nessun erede sarebbe ammissibile ad impedirne la vendita ed a domandarne la divisione, quando non offrisse denari sufficienti per la parte dei detti debiti e pesi della quale è tenuto.

Se non fosse necessario di vendere tutto per l'estinzione dei detti debiti, uno degli eredi sarebbe ben fondato a domandare, che non se ne vendesse che sino alla concorrenza necessaria, e che si cominciasse dalla vendita delle cose soggette a deperimento, e di quelle che sono meno preziose.

È anche una operazione delle divisioni, il conto mobiliare. Si chiama conto mobiliare il conto delle somme delle quali ciascun coerede è obbligato a tener conto a' suoi coeredi, e quelle delle quali deesi tenergli conto. Ne abbiamo già data la spiegazione.

Dopo il conto mobiliare si forma una massa di tutti i fondi ed altri immobili de' quali si compone la successione, e si pongono in massa per una certa somma cui sono valutati.

Questa stima può farsi amichevolmente, quando tutti i condividenti sieno maggiori, e ne convengano; quando non convengano sulla stima, la fanno fare da uno o più periti a loro scelta, o nominati dal giudice se non sieno d' accordo.

Quando uno de' condividenti è minore, il perito dev' essere nominato dinanzi al giudice.

Si aggiungono a questa massa i fondi ed altre cose soggette a collazione, quando ve ne sono, e questi fondi soggetti a collazione devono essere stimati nello stesso modo di quelli lasciati dal defunto nella sua successione.

Si devono distinguere e stimare separatamente in questa massa i beni nobili, quando si tratti di una successione diretta e che vi sia un primogenito che ha una porzione vantaggiosa, o allorchè si tratti di una successione collaterale, e che vi sieno de' maschi che escludono le figlie in questi beni.

Non bisogna comprendere in questa massa il *manoir* e il volo del cappone che il primogenito ha scelto, perchè si comprende nella massa soltanto ciò ch' è da dividersi.

Quando vi sono differenti specie di beni ne' quali succedono differenti eredi, se ne devono fare altrettante masse e divisioni separate.

Quando la massa de' beni da dividersi è composta e fissata, si vede ciò che ne tocca a ciascun condividente, distribuendola, se è possibile, in altrettante parti quanti sono i condividenti, ed assegnandone a ciascuno una parte.

Egli è quasi impossibile che la porzione assegnata a ciascuno condividente, ammonti precisamente alla somma che gli tocca nella massa: quando ammonti ad una somma più alta, è obbligato a darne il compenso a quel condividente la cui quota si trova minore della somma che gli spetterebbe nella massa.

Vice-versa, se le cose che compongono la quota assegnata ad un condividente, ammontino ad una somma minore di quella che gli spetterebbe

nella massa, gliene deve il compenso la quota più alta.

I commissarj delle divisioni che compongono queste quote, devono procurare di dividere il meno, che sia possibile i fondi della successione, e di comporre le porzioni ereditarie di fondi più contigui che sia possibile.

Si assegna a ciascuno la parte che gli è più conveniente: sovente si fanno estrarre a sorte.

Vi sono degli Statuti nei quali il primogenito fa le quote, e il più giovane sceglie, tal è quello d' Angiò.

Quando non vi è da dividere che un sol corpo che non può comodamente dividersi in altrettante porzioni quanti sono i condividenti, o anche quando ve ne sieno più, ma che non ve ne sieno abbastanza per comporre le quote, avuto riguardo al gran numero de' condividenti, ordinariamente le parti convengono di fare una licitazione, o la fanno ordinare dal giudice quando alcuna delle parti non vi acconsenta o sia minore.

Si chiama licitazione l' aggiudicazione che si fa di un fondo a quel coerede che lo ha portato al più alto prezzo, che si obbliga di pagare il prezzo a ciascuno de' suoi coeredi per la porzione che ciascuno ha nel fondo.

Quando le parti sono maggiori, questa licitazione si fa innanzi ad un notajo; essa si fa tra i soli condividenti, nè si ammettono persone estranee a fare oblazione. Nondimeno, se qualcuno de' coeredi rappresenta che non è in caso di offerire, e richiede in conseguenza che sieno invitati alla licitazione gli estranei, i suoi coeredi devono acconsentirvi; e se non vi acconsentono può farla ordinare dal giudice.

Quando si è convenuto di far questa licitazione o che il giudice l' abbia ordinata, si espongono gli affissi che annunziano il giorno e il notajo presso cui si farà la licitazione, il fondo da licitarsi, i suoi pesi, le condizioni sotto le quali si farà la licitazione affinchè ciascuno possa fare la sua oblazione.

Quando fra i condividenti si trovino de' minori, la licitazione deve essere ordinata dal giudice, e non si può ordinarla se non consti da una relazione di periti o dalla natura stessa della cosa, che il fondo non può dividersi.

La licitazione non si fa in questo caso presso un notajo, ma all' udienza del giudice, e l' aggiudicazione pura e semplice non si fa che dopo tre subaste.

È pure di necessità di ammettervi le offerte degli estranei.

ARTICOLO V.

Dell' effetto delle divisioni e licitazioni; e delle azioni di garentia che ne nascono.

§ 1. *Dell' effetto delle divisioni.*

Il principale effetto della divisione è di determinare la porzione di ciascuno de' coeredi e di restringerla ai suoi effetti che gli sono assegnati nella sua parte, di modo che ciascun coerede sia riputato essere solo succeduto immediatamente al defunto in tutti i beni compresi nella sua porzione, e non essere succeduto ad alcuno di quelli compresi nelle porzioni de' suoi coeredi; la divisione non è dunque considerata come un titolo di acquisto, in forza del quale ciascun coerede acquista da' suoi coeredi le porzioni indivise che avevano prima della divisione ne' beni che gli sono toccati nella sua porzione; ma è solamente un atto che determina le cose nelle quali ciascun coerede è succeduto al defunto; ciascuno de' coeredi, che era erede parziale, non avendo potuto succedere in tutti i beni, ma solamente in quelli che gli assegnerebbe un giorno la divisione che la natura dell'indiviso della successione richiedeva.

Ciascuno erede non acquista dunque niente, per la divisione, da' suoi coeredi; ei tiene tutto dal defunto immediatamente.

Di qui nasce: 1.º che le divisioni non danno luogo ai profitti feudali nè censuali, secondo che l' abbiam visto nel *Trattato dei Feudi*; 2.º che le ipoteche de' creditori di ciascuno de' coeredi si restringono alle sole cose che cadono nella porzione del loro debitore e che sono suscettibili d' ipoteche;

e che esse svaniscono e si estinguono in totalità quando sieno cadute nella porzione del loro debitore soltanto cose mobiliari e non suscettibili d' ipoteche; e che in conseguenza ciascuno de' coeredi non è per nessun conto tenuto alle ipoteche de' creditori de' suoi coeredi.

Da tutto ciò segue altresì che ciascun coerede non ha potuto ipotecare ai suoi creditori il diritto che aveva nella successione che gli è deferita, se non come lo aveva: *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet*; *l.* 54, *ff. de R. J.* Ora, ciascun coerede non aveva, prima della divisione, che un diritto indeterminato ne'beni della successione che doveva restringersi e determinarsi ai beni che gli perverrebbero in porzione; le ipoteche de' suoi creditori debbono dunque parimenti restringersi e determinarsi soltanto a'beni compresi nella sua porzione, che sono suscettibili d' ipoteca, e svanire intieramente se nella sua porzione non cadono cose che ne sieno suscettibili; riputandosi che il coerede sia succeduto soltanto in ciò che cade nella sua porzione, non ha potuto ipotecare a' suoi creditori che i beni della sua quota, e niente se non gli perviene alcuna cosa suscettibile d' ipoteca.

D' altronde, come abbiamo osservato, ciascun coerede essendo riputato tenere la sua quota dal defunto e niente da' suoi coeredi, ne segue che non può esser tenuto alle ipoteche de' creditori de' suoi coeredi.

Bisogna però convenire che la nostra giurisprudenza è in questo punto contraria al diritto romano: la cosa che cadeva nella quota di un coerede o altro comproprietario rimane sottoposta alle ipoteche che l' altro coerede o comproprietario aveva imposto sulla porzione indivisa che vi aveva nella divisione; *l.* 6, § 8, *ff. commun divid.* La ragione di questa differenza nasce dalla differente maniera di considerare la divisione. Nel diritto romano la si considerava come un acquisto rispettivo che ciascun condividente faceva delle porzioni che i suoi condividenti avevano prima della divisione ne'beni che cadevano nella sua quota; al contrario la nostra giurisprudenza considera la divisione come un acquisto, ma nel modo che abbiamo detto. Tale giurisprudenza è molto più comoda del diritto romano: le ipoteche essendo estremamente moltiplicate fra noi, non si avrebbe potuto fare alcuna divisione con sicurezza, se da quello non si fosse deviato.

Risulta da tutto ciò che i creditori di un coerede, avendo grande interesse alla divisione della successione devoluta al loro debitore, possono intervenirvi, ed impedire che si facciano cadere nella parte del loro debitore, per quanto sia possibile, cose mobiliari non suscettibili d' ipoteche.

§ 2. *Delle differenti specie di compensi per divisione.*

Noi abbiamo visto nell'articolo precedente, che quando una quota fosse di troppo superiore, la si caricava di un compenso verso uno de'coeredi la cui quota fosse troppo inferiore.

Questo conguaglio consiste o in una rendita della quale si carica la quota troppo superiore, o in una somma di denaro, secondo che ne convengono i condividenti.

Quando questo compenso consiste in una rendita, per esempio, quando dicasi nella divisione, che sopra una tal porzione egli sarà debitore dell'altro di 20 lire di rendita, questa rendita è una vera rendita fondiale della quale sono gravati tutti i fondi compresi in questa porzione, a meno che non si sia convenuto di gravare soltanto uno de' fondi di questa quota.

Il coerede, a cui favore la quota è gravata di questo conguaglio di rendita, ha dunque sopra i fondi della quota che ne sono gravati tutti i privilegj del padrone di rendita fondiale spiegati nel nostro *Contratto di Costituzione di Rendita.*

Questa rendita non è redimibile, a meno che si sia stipulato mediante una clausola di divisione che lo potrebbe essere. In questo caso, poichè la facoltà della redenzione non viene dalla natura della rendita, la quale non ostante questa clausola ha sempre la natura di rendita fondiale, ma unicamente dalla convenzione, ne na-

sce che il diritto di redimerla è soggetto alla prescrizione di trent'anni, e che se il coerede che ne è debitore non usa del diritto di riscatto durante il detto tempo di trent' anni, non può più essere ammesso a riscattarla.

La rendita della quale è gravata una porzione a causa della divisione, essendo una rendita fondiale, ne nasce che non ne è tanto debitore il coerede a cui è pervenuta la quota gravata di questa rendita, quanto i fondi di questa quota che ne sono gravati. Il coerede non deve dunque questa rendita che come detentore de' fondi di questa porzione; egli può dunque liberarsene offrendo di abbandonarli, a meno che non vi fosse inserita clausola nella divisione, colla quale egli si fosse obbligato a far sicura (*fournir et faire valoir*) questa rendita: perchè questa clausola esclude l' abbandono ed obbliga personalmente colui che ha incontrato quest' obbligazione, come vedesi nel nostro *Trattato della Retrocessione*.

Per la stessa ragione, se il coerede, a cui è pervenuta la parte gravata di questa rendita, ne abbia alienato tutti i fondi e non ne possegga più, egli cessa di esser tenuto a questa rendita. Se però la divisione contenesse la clausola di far sicura la rendita, egli resterebbe sussidiariamente obbligato in caso che il creditore non potesse farsene pagare, sopra i fondi che ne sono tenuti.

Quando la porzione troppo superiore sia stata gravata di retribuire una somma di denaro ad un coerede la cui quota fosse troppo inferiore, questa retribuzione è un debito personale del coerede a cui è pervenuta la quota che ne è gravata; egli contrae colla divisione questo debito verso il suo coerede di faccia al quale n' è tenuto.

Questo debito deve pagarsi ne' termini indicati dalla divisione, e se non è fatta menzione d'alcun termine, esso è esigibile immediatamente.

Il coerede, a cui questo compenso è dovuto, ha un' ipoteca privilegiata sopra tutti i beni della quota che n'è gravata: questo credito, quantunque mobiliare ed esigibile, gli produce degl' interessi che decorrono dal giorno della divisione, quand' anche essi non fossero stati stipulati. Il coerede che n'è debitore, avendo fin da questo giorno il godimento di tutti i fondi compresi nella sua porzione, deve pagare fin da questo giorno gl' interessi di tale somma, ch' è il prezzo di ciò che possiede in fondi più di quelli che gli spettavano nella massa; perchè qualunque debitore di una somma, ch' è il prezzo de' fondi di cui gode, ne deve, *ex natura rei*, gl' interessi dal giorno che ha incominciato a goderne, non essendo giusto che egli goda insieme e del fondo e del prezzo. Ciò è stato da noi stabilito nel nostro *Trattato del Contratto di Vendita*, e non soffre alcuna difficoltà.

Quando la quota troppo superiore sia gravata a favore di un altro coerede di un compenso in danaro, e che immediatamente colla divisione gli si costituisca una rendita pel prezzo di questa somma, per esempio, se dicesi che colui al quale una tal porzione perverrà, retribuirà a una tal altra quota la somma di 400 lire, per prezzo della qual somma gli farà 20 lire di rendita, questa rendita non è una rendita fondiale; perchè, in questo caso, il compenso consisteva in una somma di denari; i fondi compresi nella porzione gravata del conguaglio non sono stati gravati del compenso di una rendita; il coerede gravato del compenso in denari è quegli che, pel prezzo di questa somma che non si è esatta da lui, ne ha costituito una rendita verso il coerede cui doveva questo compenso.

Questo credito è dunque una rendita costituita, una rendita personale: il creditore, a cui è dovuta, non ha per questa rendita i privilegj attribuiti ai padroni di rendita fondiale; essa è sempre redimibile, perchè lo è di sua natura. Ma da un' altra parte il coerede, che ne è debitore, non cessa di esserne principalmente tenuto, quantunque abbia alienato i fondi caduti nella sua porzione; perchè egli n' è personalmente e principalmente debitore; i fondi non vi sono ipotecati che per privilegio: per la stessa ragione egli è evidente che non potrebbe liberarsene offrendo la retrocessione de' fondi della sua quota.

§ 3. *Della garentia di divisione.*

Dall' eguaglianza che deve esistere tra gli eredi che dividono una stessa successione ed uno stesso patrimonio, nasce l' obbligazione ch' essi contraggono reciprocamente gli uni verso gli altri di garentirsi il libero possesso de' beni che cadono nella quota di ciascuno; perchè è evidente che questa eguaglianza sarebbe offesa se uno de' coeredi soffrisse l' evizione de' beni caduti nella sua parte, e che non fosse compensato di questa perdita dai suoi coeredi, poichè si troverebbe avere una parte nella successione minore della loro.

Questa obbligazione di garentia è stabilita dalla legge 14, *Cod. fam. ercisc.* Alcuni Statuti ne hanno delle disposizioni, e non v' ha dubbio ch' essa abbia luogo in quelli che non si spiegano in proposito, essendo fondata sopra una equità naturale.

Essa ha luogo in qualsiasi modo la divisione sia stata fatta, amichevolmente o dinanzi al giudice: ed anche quando il defunto abbia fatto egli stesso la divisione de' suoi beni tra' suoi figli, anche nelle provincie in cui i prelegati sono permessi; perciocchè si presume che il padre, facendo quella divisione tra suoi figli, abbia voluto l' eguaglianza fra loro.

Perchè l' evizione sofferta da un coerede dia luogo a questa garentia, bisogna, 1.° che proceda da una causa antica, e che esistesse in tempo della divisione, e non da una causa sopravvenuta posteriormente; 2.° che non proceda dalla natura della cosa avuta nella divisione perchè era di tale natura; 3.° che il coerede non l' abbia sofferta per sua colpa; 4.° che non sia una specie d' evizione che sia stata eccettuata dall' obbligazione di garentia con una clausola particolare della divisione.

Noi diciamo, 1.° che l' evizione dee procedere da una causa antica e che esisteva in tempo della divisione. Per esempio, se fosse caduto nella parte di un coerede un fondo che fosse ipotecato a un creditore di colui che l' aveva venduto al defunto, e che questo erede ne abbia sofferto l' evizione in virtù dell' azione ipotecaria di questo creditore, questa evizione darà luogo certamente alla garentia di divisione, perchè procede dall' ipoteca che questo creditore avea fin dal tempo della divisione del fondo, e per conseguenza da una causa che esisteva in tempo della divisione.

Al contrario, se io ho sofferto l' evizione d' un pezzo di terra caduto nella mia porzione che mi fu tolto per farvi una strada, non si fa luogo alla garentia di divisione, sebbene io non abbia potuto ottenere dal principe veruna indennizzazione; perchè questa evizione procede da una causa nuova e sopravvenuta dopo la divisione, della quale per conseguenza i miei coeredi non mi sono garanti; i fondi che sono caduti nella mia porzione dovendo essere a mio rischio dopo la divisione. Questo pezzo di terra, del quale ho sofferto l' evizione per una causa sopravvenuta dopo la divisione, mi era, in tempo della divisione, così vantaggioso quanto quelli caduti nella parte de' miei coeredi, che non hanno sofferto alcuna evizione, e per conseguenza la divisione non contiene alcuna ineguaglianza per cui possa essermi dovuto compenso, ma il fondo che sin dal tempo della divisione era ipotecato a un creditore, e per conseguenza soggetto all' evizione, sin d' allora era una cosa la quale per me non era sì buona quanto i beni caduti nelle porzioni de' miei coeredi, che non erano soggetti ad alcuna evizione; sin da quel tempo la mia porzione non era sì buona quanto la loro; sin da quel tempo vi era ineguaglianza che dà luogo alla garentia acciocchè ne sia compensato.

Noi abbiamo detto, 2.° che per dar luogo alla garentia di divisione, bisognava che l' evizione non procedesse dalla natura stessa della cosa data nella divisione come di tale natura. *Esempio*: Se è toccato alla mia porzione il dominio utile di una casa per lo tempo di quindici anni che rimanevano da spirare, e ch' essa sia stata dichiarata tale nella divisione, l' evizione che soffro di questa casa per la scadenza de' quindici anni, che restavan da decorrere, non dà luogo

ad alcuna garentia di divisione, perchè è un'evizione che procede dalla natura stessa della cosa che è stata data per tale nell'atto della divisione, essendo stata dichiarata riversibile a capo di quindici anni.

Tale evizione non pregiudica l'eguaglianza che deve esistere fra le parti, perchè essa è entrata in considerazione, e la cosa soggetta a questa evizione è stata stimata tanto meno.

Che se essa nell'atto della divisione non fosse stata dichiarata riversibile, o che fosse stata dichiarata riversibile dopo un tempo più lungo di quello dopo il quale lo era effettivamente, non v'ha dubbio che in questo caso si farebbe luogo alla garentia.

Noi abbiamo detto in terzo luogo, che bisognava che l'evizione non fosse avvenuta per sua colpa, perciocchè in questo caso deve imputare a se stesso la perdita che soffre, ed è giusto che ei soffra per la sua propria mancanza, e non i suoi coeredi. Perciò se un coerede, dopo essere stato messo in possesso di un pezzo di terra, ne lascia usurpare il possesso dal suo vicino, e che dopo il possesso acquistato dal vicino per un anno e un giorno, si promuova la domanda di rivendicazione contro questo vicino, nella quale soccombe per non avere giustificato che gli apparteneva, non vi è luogo alla garentia contro i suoi coeredi, perchè per sua colpa soffre tale evizione; egli avrebbe potuto conservare il fondo, se non ne avesse lasciato usurpare il possesso.

Un altro esempio di evizione sofferta per colpa del coerede si è, quando egli abbia omesso di opporre una prescrizione che aveva acquistata contro la domanda in virtù della quale ha sofferto l'evizione. Ma se chiamò, come doveva fare, in garentia i suoi coeredi quando è stato citato, i suoi coeredi non potranno opporgli questa mancanza; perchè essendo chiamati in garentia, erano tenuti di difenderlo, e per conseguenza di opporre tutte le prescrizioni che potevano essere opposte contro la domanda, e per conseguenza non sono ammessi a dire contro al coerede che ha sofferto l'evizione, ch'ei non ha opposta questa prescrizione; perchè essendo tenuti essi stessi di opporla, non possono essere ammessi ad opporgli una mancanza che loro è comune con lui.

Finalmente abbiamo detto, 4.°, che bisognava che non fosse una specie di evizione che fosse stata eccettuata dalla garentia mediante una clausola particolare della divisione; per esempio, se una possessione sia assegnata a una porzione con la clausola, che dipende da questa possessione un pezzo di terra situato in tal luogo, per ragione del quale vi é contestazione col vicino, onde quegli a cui perverrà tale porzione si difenderà come potrà. Si possono immaginare mille altri esempj.

Quando concorrano tutte le condizioni che noi abbiamo richieste, vi è luogo alla garentia, e non importa quale specie di evizione il coerede abbia sofferto.

Non importa, che ciò sia accaduto o in virtù di un'azione di rivendicazione per parte del vero proprietario del fondo che è toccato nella sua porzione come appartenente alla successione, quantunque non le appartenesse, o in virtù di un'azione *ex testamento* per parte di una persona che vi aveva diritto per una sostituzione aperta in suo favore per la morte del defunto, o in virtù di qualsiasi altra azione.

Parimenti vi è luogo alla garentia, sia che il coerede abbia sofferto l'evizione totale del fondo, sia che sia stato obbligato di sottoporsi a qualche peso reale o a qualche servitù della quale il fondo era gravato, senza che questo peso o servitù sia stato dichiarato nell'atto della divisione; perchè questa è una specie di evizione che ei soffre, non potendo avere un possesso così pieno e così libero del fondo quale gli era stato dato nell'atto della divisione.

Bisogna eccettuare da questa decisione i pesi feudali o enfiteutici, dei quali i fondi sono gravati per lo Statuto de' luoghi, e le servitù visibili. Non è necessario ch'essi sieno dichiarati nell'atto della divisione per escludere l'azione di garentia; perchè il coerede ha dovuto prevederli.

Vice versa, se qualche fondo è stato assegnato colla divisione a un coerede, come avente qualche diritto di servitù sopra i fondi vicini, e che sia giudicato che questo fondo non abbia tali diritti, questa è un' evizione ch' ei soffre e che dà luogo alla garentia.

In breve, tutte le volte che le cose cadute nella mia porzione non sono tali quali sono state dichiarate essere nell'atto della divisione, e che ho interesse che lo sieno, vi è luogo alla garentia di divisione, quand'anche io non soffrissi evizione, come sarebbe quando il fondo ch'è caduto nella mia porzione, è di una minore estensione di quella dichiarata nell' atto di divisione.

Si domanda se la cognizione che l'erede aveva in tempo della divisione, della causa dell'evizione ch'è sopravvenuta di poi, debba escluderlo dalla garentia. Bisogna dire di no, se questa evizione, alla quale il fondo era soggetto, non è entrata in considerazione nella divisione, e che sia stato stimato come se non vi fosse soggetto: perchè ciò che dà luogo alla garentia di divisione è l' ineguaglianza che l' evizione cagiona, la quale riscontrandosi egualmente nel caso in cui il coerede che ha sofferto l'evizione ha avuto cognizione della causa dell' evizione, come nel caso nel quale non ne abbia avuta cognizione, dee farsi luogo egualmente alla garentia nell' uno e nell' altro caso.

Che se apparisce che il coerede nella porzione del quale il fondo è caduto, fosse stato colla divisione assoggettato al rischio dell'evizione, e che perciò gli fosse stato dato il fondo molto al di sotto del suo valore, in questo caso non v'ha dubbio che non si farebbe luogo alla garentia.

Tostochè un erede è citato per una domanda tendente ad evizione, importa ch' ei chiami immediatamente alla garentia i suoi coeredi; 1.° perchè non sono tenuti di risarcirlo delle spese, per la parte di cui sono eredi, se non dal giorno che sono chiamati in causa; nè ha alcun regresso contro di essi per tutte quelle che si fanno nel tempo intermedio; 2.° se si fosse lasciato condannare senza avere fatto giudicare nello stesso tempo sulla garentia, potrebbe accadere che ei non avesse alcun regresso contro di essi; imperciocchè per averlo bisognerebbe che loro giustificasse che è stato giustamente condannato, senza di che i suoi coeredi si difenderebbero validamente, dicendogli che se fossero stati chiamati avrebbero potuto difendersi meglio di lui ed impedire la condanna contro lui pronunziata; che d' altronde l' evizione che soffre per *injuriam judicis*, è un'evizione che non procede da una causa esistente in tempo del contratto, ma da un'altra causa nuova, e che non può per conseguenza dar luogo alla garentia.

L'obbligazione della garentia consiste in ciò che ciascun coerede è obbligato per la parte di cui è erede, d'indennizzare il suo coerede della perdita che gli ha cagionata l' evizione. In questa maniera l'ineguaglianza che l'evizione cagionava nelle parti, è riparata. Per esempio, un uomo lascia 12,000 lire di beni che sono divisi tra sei coeredi che hanno ciascuno una parte di 2,000 lire; uno di essi soffre una evizione di 600 lire, che riduce la sua quota a 1,400 lire; ciascuno de'suoi coeredi è obbligato di indennizzarlo di questa perdita per la parte della quale è erede, vale a dire pe un sesto ammontante a 100 lire; egli riceverà dunque 500 lire da'suoi cinque coeredi, e non mancherà più alla sua parte di 2,000 lire che la somma di 100 lire, e così pure la quota di 2,000 lire di ciascun coerede soffre la perdita di 100 lire, che sono stati obbligati di dargli: in tale modo l'eguaglianza sarà perfettamente ristabilita fra essi.

Se fra i coeredi contro i quali colui che ha sofferto l' evizione ha un regresso di garentia, si trovino degli insolvibili, questa insolvibilità sarebbe una nuova perdita che soffrirebbe nella sua parte, la quale dovrebbe egualmente ripartirsi fra lui e i suoi coeredi solvibili. Per esempio, ritenendo lo stesso caso di sopra supposto, che tre de'coeredi contro i quali quegli che ha sofferto l' evizione ha regresso, sieno intieramente insolvibili, questa insolvibilità gli cagiona una perdita di 300 lire, che gli dovevano

per le loro tre porzioni; tale perdita di 300 lire dee dividersi tra lui e i due altri coeredi solvibili, che devono sopportarne ciascuno 100 lire.

Si seguono altri principj riguardo alla garentia degli uffizj; perchè siccome l' uffizio rimane a rischio del figlio a cui è toccato, ne nasce che egli non può domandare che i suo coeredi gli tengan conto delle tasse che è stato obbligato di pagare per questo uffizio.

Non è lo stesso della garentia delle rendite, perchè vi è luogo a questa garentia quando la rendita diviene caduca per l'insolvibilità dei debitori, quand'anche la caducità non avvenisse, se non cent'anni dopo la divisione, e questa caducità si stabilisce coll'escussione dei debitori e de'beni soggetti alla garentia.

Quale è la ragione sopra la quale può fondarsi questa garentia? Tutte le altre cose cominciano dal momento della divisione ad essere a rischio del coerede nella parte del quale sono cadute, se esse vengono a perire dopo la divisione; per esempio, se una casa s' incendii o cada per vetustà, i suoi coeredi non gli sono garanti; egli ne soffre la perdita senza avere regresso. Perchè egualmente una rendita cadutagli in divisione, non è essa a suo rischio? Perchè i coeredi gliene garantiscono la caducità? La ragione è, che una rendita è un essere successivo composto di parti che si succedono le une alle altre fino alla redenzione che può farsene, e che di sua natura dee durare fino a tale redenzione. Il coerede, a cui è toccata in divisione, non l'ha dunque per intiero quando essa cessa di esser pagabile; bisogna dunque che i suoi coeredi gliela forniscano continuandogliela fino alla redenzione. Non è lo stesso di una casa, o di altra cosa: questi esseri non consistono in una successione di parti. Dal primo momento che io ho una casa, ho tutto il suo essere; se viene a perire per qualche caso fortuito, è una conseguenza della sua natura. Le case, come tutte le altre opere degli uomini, non sono di natura a durare eternamente.

Onde vi sia luogo a questa garentia, bisogna che la rendita non sia divenuta caduca per colpa dell' erede a cui è toccata, per esempio, se avesse lasciato prescrivere le ipoteche che aveva per questa rendita, se le abbia lasciate estinguere mancando di comparire ne'giudizj di spropriazione.

Questa garentia consiste in ciò, che ciascun coerede è tenuto a continuare la rendita per la parte della quale è erede a colui al quale è pervenuta, e di pagargliene per la detta porzione le annualità scadute delle quali non ha potuto esser pagato.

Se fra i coeredi tenuti a questa garentia si trovano degl'insolvibili l'insolvibilità dovrebbe ripartirsi tra quelli che sono solvibili e quello a cui la garentia è dovuta, come abbiamo detto qui sopra.

Questa garentia della caducità delle rendite è alle volte ristretta a un certo tempo, o anche esclusa da una clausola della divisione. Per esempio, si conviene alcune volte che i condividenti non saranno garanti della caducità delle rendite che accadesse dieci anni dopo la divisione, o anche assolutamente che essi non ne saranno garanti.

Vi è pure una garentia di fatto pei crediti esigibili che toccano nella divisione ad uno degli eredi; se dopo aver fatto delle diligenze per un tempo conveniente egli non può esserne pagato ha un regresso di garentia contro i suoi coeredi onde lo indennizzino ciascuno per la sua porzione ereditaria. Ma se ha mancato di farsi pagare tra un tempo sufficiente, non ha alcun regresso; poichè in questo caso è sua colpa di non essersi fatto pagare mentre che i debitori erano forse in istato.

L'azione di garentia, come tutte le altre azioni, si prescrive col trascorrimento di trent'anni che cominciano a decorrere dal giorno che si è aperta l'azione, vale a dire dal giorno dell'evizione; e a riguardo della garentia di fatto delle rendite e di altri crediti, dal giorno che la caducità ne è stata comprovata coll' escussione dei debitori.

§ 4. *Dell' epoca privilegiata per le obbligazioni risultanti dalla divisione.*

Un altro effetto della divisione è

che i beni caduti nella parte di ciascun coerede sono soggetti ad ipoteca privilegiata per tutte le obbligazioni risultanti dalla divisione, come sono: 1.° il compenso in denari o rendite di cui questa parte fosse caricata; 2.° l'obbligazione di garentia verso i coeredi a'quali sono toccate le altre porzioni; 3.° le collazioni delle somme donate o prestate ad alcuno de' coeredi; 4.° finalmente tutte le prestazioni personali delle quali un erede può esser tenuto verso i suoi coeredi.

Il coerede creditore di queste cose ha una ipoteca privilegiata sopra tutti i beni compresi nella porzione dei suoi coeredi che ne sono debitori.

Questa ipoteca privilegiata ha luogo quando anche la divisione fosse stata fatta per privata scrittura, perciocchè nasce dalla natura stessa dell'atto di divisione: ciascun coerede non succede al defunto ne' beni caduti nella sua porzione, che sotto queste obbligazioni: i beni ne sono per conseguenza risponsabili: egli non può nè alienarli nè obbligarli ad altri, se non collo stesso peso col quale gli ha egli stesso: *Cum nemo plus juris ad alium transferre possit quam ipse habet.*

I terzi detentori che hanno acquistato da un erede i beni caduti nella sua porzione, possono prescrivere contro questo peso colla prescrizione di dieci anni fra presenti e di vent' anni fra assenti, dal giorno di questo acquisto, se questi beni sono situati nelle provincie in cui questa prescrizione ha luogo; o con quella di trent' anni in quelle che, come la nostra, non ne ammettono altre.

I coeredi che hanno queste ipoteche per interrompere questa prescrizione, debbono intentare l'azione d'interruzione contro questi terzi detentori, per far dichiarare i fondi da essi acquistati ipotecati a tutte le obbligazioni risultanti dalla divisione, quando anche non si fosse ancora fatto luogo alle azioni risultanti da queste obbligazioni.

Relativamente all'azione ipotecaria all'oggetto di rilasciare o di pagare, è evidente che non può intentarsi contro questi terzi detentori da' coeredi che hanno queste ipoteche, se non dal giorno che si sono aperte le azioni che loro competono.

I terzi detentori non possono opporre la escussione contro questa azione ipotecaria: perchè l'ipoteca che hanno i coeredi per le azioni che loro competono risultanti dalla divisione, non è una semplice ipoteca, ma una qualità di queste azioni che sono personali reali, *personales in rem scriptae*, ed hanno luogo contro i detentori de'beni vincolati alle obbligazioni della divisione.

ARTICOLO VI.

Della rescissione delle divisioni.

Le divisioni possono essere rescisse per le stesse cause per le quali si rescindono gli altri atti, come per causa di violenza, di dolo, di errore.

I minori che sono lesi in una divisione, sono pure ammessi ad essere restituiti in intiero contro questa divisione, come lo sono negli altri atti nei quali essi sono lesi.

Riguardo ai maggiori, la sola causa di lesione non dà loro il diritto di essere restituiti contro la divisione, a meno che non sia tale lesione considerevole Non è necessario però che oltrepassi la metà, come negli altri contratti di commercio: è antichissima giurisprudenza che la lesione del terzo al quarto (vale a dire che passa il quarto) basta per restituire un maggiore contro una divisione. Perciocchè, quantunque l' eguaglianza debba essere l' anima di tutti i contratti di commercio, essa è richiesta con più esattezza nelle divisioni: tutto il nostro diritto francese non tende che a questa eguaglianza.

Le divisioni possono essere rescisse per causa di questa lesione: 1.° quand'anche fossero state fatte in giudizio; 2.° quantunque le quote sieno state estratte a sorte; perchè l' intenzione delle parti è stata che le quote fossero eguali, e non è stata di fare un contratto aleatorio: 3.° quand'anche la divisione fosse stata qualificata dal notajo per transazione: egli è vero che secondo l'editto delle transazioni, non si può essere restituito contro una transazione per qualsiasi lesione; ma questo editto non si estende agli atti che non hanno che il nome di tran-

sazione, e che in sostanza non contengono che una divisione; 4.° la vendita che uno dei coeredi fa all'altro della sua parte negl' immobili della successione, tenendo luogo di divisione, deve esser soggetta a questa restituzione quando vi sia lesione oltre il quarto. Che se egli vendesse i suoi diritti di successione al suo coerede, quantunque questa vendita tenga pure luogo di divisione, essa non è soggetta a rescissione: perchè l' *incertum aeris alieni* al quale l'acquirente si sottopone, impedisce che si possa dire esservi lesione, e mette questo atto nel grado de' contratti aleatorii, contro i quali la restituzione per causa di lesione non è ammessa.

Questa decisione ha luogo soltanto allorchè i due contraenti non erano più istruiti uno dell' altro dei diritti della successione.

La restituzione contro le divisioni deve esser richiesta dai maggiori tra i dieci anni, egualmente che contro gli altri atti.

L'effetto di questa restituzione è che si ordina una nuova divisione; si potrebbe alle volte evitare, secondo le circostanze, la nuova divisione, facendo dare un supplimento in denaro o in fondi alla parte lesa.

CAPITOLO V.

Dei debiti ed altri pesi delle successioni.

ARTICOLO PRIMO.

Quali sieno i debiti e pesi delle successioni.

1.° Tutti i debiti del defunto risultanti dalle obbligazioni che aveva contratte, sono debiti della successione.

Bisogna distinguere tra questi debiti, quelli di una somma di denari e quelli di una cosa indeterminata, per esempio, se il defunto si fosse obbligato a dare ad alcuno un cavallo di trenta doppie; e debiti di un corpo certo e determinato; per esempio, se il defunto si è obbligato verso alcuno di dargli un tal cavallo.

Bisogna pure distinguere i debiti mobiliari di somme esigibili, e le rendite dovute dal defunto.

Vi sono dei debiti della successione del defunto che non sono mai stati dovuti da lui, non nascendo essi che alla sua morte, e che non lasciano di esser debiti della successione, poichè è il defunto colui che gli ha contratti: tal è l' assegno di una certa somma di denari o di una rendita vitalizia ch' egli ha costituito a sua moglie, tale il fedecommesso delle somme o delle cose ch'è stato incaricato di restituire dopo la sua morte, ec.

2.° Le spese funerali del defunto sono pesi della successione; 3.° Le spese d'inventario e tutte quelle fatte per pervenire alla liquidazione e divisione de' beni; 4.° I legati fatti dal defunto sono pure pesi della successione.

Bisogna parimenti, a riguardo dei legati, distinguere, come abbiam fatto a riguardo dei debiti, i legati di una somma di denari, di una cosa indeterminata, e i legati di un corpo certo; noi vedremo in seguito l'uso di questa distinzione.

Riguardo alle rendite fondiali ed altre annualità, delle quali i fondi della successione sono gravati, esse sono pesi particolari de' fondi che ne sono gravati, anzi che pesi della successione, tranne gli arretrati decorsi fino alla morte del defunto, che sono debiti della successione.

È lo stesso dei profitti e diritti pel centesimo danaro. Essi sono pesi particolari de' fondi pe' quali questi profitti e diritti sono dovuti, ed a' quali sono obbligati solamente coloro che vi succedono; che se ne fossero dovuti degli antichi, essi sarebbero debiti della successione.

ARTICOLO II.

Delle persone che sono tenute ai debiti e pesi delle successioni.

Le persone che sono tenute a' debiti e pesi di una successione, e che

vi contribuiscono, sono gli eredi, tutti coloro che sono entrati ne' loro diritti, i donatarj universali, i legatarj universali, tutti i successori universali qualunque sieno.

§ 1. *Degli eredi.*

Gli eredi, per la loro qualità di eredi, succedono in tutti i diritti tanto attivi che passivi del defunto, e per conseguenza in tutte le obbligazioni del defunto ed in tutti i suoi debiti.

Quando un defunto lascia differenti eredi in differenti specie di beni, come tutti succedono alla persona del defunto e la rappresentano, essi succedono tutti ne' debiti ed obbligazioni personali del defunto quali si sieno.

Eccettuati alcuni Statuti, come quello di Alvergna, non si considera nè la causa nè l' origine dei debiti; si considera per verità nell' attivo di una successione l' origine d' onde i beni immobili procedono, ma non si considera nè la causa, nè l' origine del passivo delle successioni; da questo principio nasce la decisione delle quistioni seguenti.

Una persona ha lasciato nella sua successione un fondo da lei comprato, e di cui deve il prezzo, e lascia un erede ne' mobili ed acquisti, ed un altro erede ne' beni proprj; questo sarà egli tenuto per la sua parte ereditaria della somma dovuta pel prezzo dell' acquisto nel quale non succede, o della rendita costituita per questo prezzo? Senza dubbio, perchè, secondo il nostro principio, non si considera qual sia la causa dei debiti, basta che il defunto abbia lasciato questo debito nella sua successione perchè tutti i suoi eredi ne sieno tenuti.

Vice versa, un uomo in tempo della sua morte doveva al suo vignajuolo il prezzo de' lavori fatti in sua vita in una vigna ch' era propria paterna; egli lascia un erede nel mobiliare ed un erede in questa vigna propria paterna; quest' ultimo sarà egli tenuto solo alla somma dovuta pel prezzo de' lavori fatti in vita di quello al quale succede? La ragione di dubitare è, che questo erede de' beni proprj paterni profitta solo de' frutti pei quali questi lavori sono stati fatti; che quegli che ha i frutti ne dee solo sopportare i pesi, e per conseguenza il prezzo de' lavori che sono un peso de' frutti, secondo questo principio del diritto romano, *impensa sunt onera fructuum*.

La ragione di decidere al contrario, ch' egli non n' è solo tenuto, e che l' altro erede dee contribuire a questo debito, si deduce dal nostro principio, che non si considera la causa, nè l' origine dei debiti; che basta che il defunto abbia lasciato nella sua successione questo debito che ha contratto verso il suo vignajuolo, perchè tutti i suoi eredi, che gli succedono in tutte le sue obbligazioni, ne sieno tenuti. A riguardo dell' obbiezione che si fa, che l' erede paterno che raccoglie i frutti dee pagare i lavori che sono un peso de' frutti, la risposta è, che questa regola non è applicabile, se non quando le spese sono state fatte da una persona diversa da quella che raccoglie i frutti; allora, secondo questa regola, colui che raccoglie i frutti dee rimborsare i lavori, che ne sono un peso, a colui che gli ha fatti; il quale facendo questi lavori, ha fatto l' affare di colui che ha raccolto i frutti, *ejus negotium gessit, non suum*; ma nel nostro caso, è la stessa persona quella che ha raccolto i frutti e che ha fatto fare i lavori; perchè l' erede che gli ha raccolti è riputato la stessa persona del defunto che gli ha fatti fare. Egli succede nel fondo nello stato dei lavori che si trovano in tempo della morte del defunto; egli ne dee profittare, e la regola che le spese sono un carico de' frutti, non può quì essere applicabile.

Un uomo che, in tempo del suo matrimonio, non aveva che de' beni proprj paterni, ha costituito un vedovile a sua moglie di una somma di denaro o di una rendita vitalizia; gli eredi de' beni proprj paterni ne saranno essi soli obbligati? La ragione di dubitare è, che l' assegno stabilito tiene luogo di quello dello Statuto di cui sarebbero stati soli incaricati. Bisogna nondimeno decidere, al contrario, che gli eredi de' mobili ed acquisti vi contribuiranno; la ragio-

ne è che non si considera la causa dei debiti.

Quid se la moglie, per una clausola del contratto di matrimonio avesse la scelta dell' assegno stabilito, o di quello dello Statuto? Dipenderà dalla sua scelta che gli eredi de' mobili ed acquisti ne sieno tenuti o no: perchè se essa sceglie l' assegno stabilito, essi vi contribuiranno; se sceglie quello statutario, siccome questo consiste in un usufrutto ch' è un peso reale de' beni proprj che vi sono soggetti, e che il marito avea quando contrasse le nozze, non v' ha dubbio che quelli che succederanno in questi proprj ne saranno soli gravati.

Giacomo, dopo avere raccolto la successione de' beni proprj di Pietro, suo parente paterno, muore e lascia egli stesso un erede ne' mobili ed acquisti e proprj materni, ed un altro ne' proprj paterni: l' erede paterno che profitta solo nella successione di Giacomo di tutto ciò che Giacomo ha avuto d' attivo dalla successione di Pietro deve egli esser tenuto solo dei debiti passivi della successione di Pietro che non sono ancora pagati? No: l' erede materno di Giacomo, quantunque non profitti in niente della successione di Pietro, dee sopportare la sua parte dei debiti di Pietro: la ragione n' è che i debiti del defunto divengono debiti del suo erede che ha accettato la successione. I debiti di Pietro essendo dunque divenuti debiti di Giacomo, l' erede materno di Giacomo ne dee la sua parte; e non importa che i debiti provengano da una successione devoluta a Giacomo, della quale un altro erede fuori di lui ha tutto il profitto, perchè, secondo il nostro principio, non si considera nella successione l' origine dei debiti passivi.

Questa decisione dovrebbe ella essere abbracciata, se Giacomo fosse stato solamente erede beneficiato di Pietro? La ragione di dubitare è, che il benefizio d' inventario impedisce la confusione de' patrimonj del defunto e del suo erede beneficiato donde sembra nascere, che i debiti della successione di Pietro non sieno debiti della successione di Giacomo, suo erede beneficiato; che siccome non si sarebbe potuto agire contro Giacomo sopra i suoi proprj beni pe' debiti di Pietro, così l'erede materno di Giacomo, che non succede che ne' proprj beni di Giacomo, e che non succede ne' beni procedenti dalla successione di Pietro, non può esser tenuto dei debiti di Pietro; che l' erede paterno di Giacomo, il quale trova nella successione di Giacomo tutti i beni della successione beneficiata di Pietro, dee solo esserne tenuto. Nondimeno Anzanet, seguito da Lemaitre, decide che l' erede materno di Giacomo dee contribuire ai debiti di Pietro. La sua ragione è che la separazione de' patrimonj, che il beneficio d' inventario è riputato produrre, è una finzione che ha luogo soltanto in concorso de' creditori della successione beneficiata, per obbligarli a soddisfarsi sopra i beni della successione beneficiata pe' loro creditori, piuttosto che sopra i beni dell' erede; ma ciò non impedisce che essendo veramente l' erede beneficiato erede del defunto, non sia veramente debitore di ciò che il defunto doveva; poichè è dell'essenza e della qualità dell'erede di succedere in tutti i diritti attivi e passivi del defunto. I debiti della successione beneficiata sono dunque veramente divenuti debiti dell' erede beneficiato, quantunque egli abbia il privilegio di liberarsene abbandonando i beni della successione beneficiata, e di rimandare i creditori a pagarsi sopra questi beni. Che se i debiti della successione beneficiata di Pietro sono divenuti veramente debiti di Giacomo, tutti gli eredi di Giacomo ne debbono esser tenuti: i creditori della successione beneficiata non potranno per verità soddisfarsi sopra i beni particolari di Giacomo; ma l' erede paterno di Giacomo, che possiede i beni della successione beneficiata di Pietro, allorchè avrà pagato i detti creditori, avrà regresso contro l' erede materno di Giacomo, *judicio familiae erciscundae*, perchè ha pagato un debito appartenente a Giacomo, e a cui l' erede materno di Giacomo dee per conseguenza contribuire.

Si può fare un temperamento alla decisione di Anzanet, entrando nella discussione del *quid utilius* della successione generale di Giacomo, se sia

vantaggioso a questa successione di ritenere i beni della successione beneficiata di Pietro, pagando i debiti di Pietro, o se al contrario la sua utilità richiegga di abbandonarli per liberarsene: in quest' ultimo caso l' erede materno di Giacomo non sarà tenuto a contribuire a' debiti della successione beneficiata di Pietro, non avendo dovuto in questo caso l' erede paterno pagare i detti debiti, ma piuttosto abbandonare i beni.

Quid, se Giacomo fosse morto, per verità, dopo che la successione di Pietro gli è pervenuta, ma prima di essersi spiegato sull' accettazione di questa successione, l'erede materno di Giacomo potrebbe egli dispensarsi dal contribuire a' debiti della successione di Pietro, dicendo che non intende accettare in nome di Giacomo la successione di Pietro? Ciò non dipenderà da lui: bisogna esaminare se effettivamente la successione di Pietro era vantaggiosa a Giacomo; e se si trova che lo fosse, l'erede paterno di Giacomo obbligherà l' erede materno a contribuire a' debiti della successione di Pietro, divenuti debiti di Giacomo, che sarà riputato essere stato erede di Pietro, la cui successione si sarà trovato essergli vantaggiosa.

Per lo stesso principio, bisogna decidere, che gli eredi de' mobili ed acquisti della moglie, sebbene succedano soli nell' attivo alla parte della moglie nella comunione con suo marito, non sono però soli tenuti a' debiti di questa comunione che dee sopportare la successione della moglie; gli eredi de' beni proprj della moglie, quantunque non succedano nei beni della comunione, debbono sopportare la loro parte di questi debiti comuni per la metà alla quale la successione della moglie è tenuta; poichè non si considera l' origine dei debiti, e basta, che questi debiti sieno debiti della moglie per questa metà, perchè tutti i suoi eredi ne sieno tenuti.

Le riprese che il superstite ha diritto di esercitare sulla comunione, dedotto ciò che può dovere a questa stessa comunione, sono esse, per la metà della quale il predefunto, che non ne ha da esercitare, è tenuto, un debito della successione al quale il suo erede dei beni proprj, che non ha niente da pretendere nei beni della comunione debba contribuire? Sembra che, secondo il nostro principio, debba contribuirvi, perchè questo debito delle riprese del superstite è un vero debito del predefunto che n' è tenuto personalmente, *actione pro socio*, per la parte ch' egli ha nella comunione. E perciò, secondo il nostro principio, i suoi eredi che sono *juris successores*, che succedono in tutte le obbligazioni, debbono tutti contribuirvi. È stato così giudicato con decisione riportata da Brodeau, *Lett. P. n.* 13; e tal è l' avviso di Lebrun e di Renusson. Nondimeno varj autori pensano in oggi, che l' erede dei beni proprj non ne debba esser tenuto; queste riprese, che il superstite ha diritto di esercitare, loro sembrano doversi riguardare non come un credito, ma quasi che accordassero a colui che le ha un diritto maggiore nella comunione che al conjuge che non ha queste riprese da esercitare, il quale diritto diminuisce in proporzione quello di detto conjuge; e per conseguenza la successione del predefunto non debba riguardarsi come debitrice delle riprese del superstite, ma piuttosto come non essere mai stata proprietaria di altre cose nei beni della comunione, che di quelle che sono cadute nella sua parte dopo le prededuzioni fatte in favore del superstite; il soprappiù de' beni della comunione essendo riputato esser sempre appartenuto al superstite che aveva dette riprese da esercitare; e che ciò è una conseguenza dell' effetto dichiarativo e retroattivo che la nostra giurisprudenza dà alle divisioni.

Quand' anche questa opinione moderna fosse seguita, se si trova che i beni della comunione non sono stati sufficienti per pagare le riprese della moglie, non v'ha dubbio, che ciò che mancherebbe sarebbe un vero debito della successione del marito; cui tutti i suoi eredi debbono contribuire.

Sembra pure che in caso di rinunzia della moglie alla comunione, non si può fare a meno di non riguardare le riprese della moglie per intiero come un debito della successione del marito, a cui debbono contribuire

tutti i suoi eredi in proporzione di ciò che percepiscono, e non solamente l' erede dei mobili ed acquisti che succede nei beni della comunione.

L'anteparte della moglie che consiste in una somma di danaro, e stipulata a suo favore anche in caso di rinunzia, è parimenti un debito della successione del marito, alla quale tutti gli eredi debbono contribuire quando la moglie rinunzia alla comunione; che se essa l' accetta, bisogna decidere la stessa cosa, come a riguardo delle sue riprese.

Quantunque le rendite fondiali non sieno debiti della successione, come abbiamo osservato nell' articolo precedente, ma pesi particolari de' fondi che sono gravati, nondimeno gli arretrati decorsi fino al giorno della morte del defunto, e che erano dovuti in tempo della sua morte, sono debiti della successione e debbono esser pagati da tutti gli eredi.

Questa decisione ha luogo, non solamente per le annualità, i cui termini erano scaduti in tempo della morte, ma anche per quelle del termine corrente, scaduto dopo la morte; perchè quantunque non fossero ancora esigibili in tempo della morte, il termine del pagamento non essendo ancora scaduto, non lasciano di essere dovute: queste annualità si contano di giorno in giorno, e sono dovute ciascun giorno, *dies cedit, quamvis dies solutionis nondum venerit*.

L'obbligazione di fare sicura la rendita fondiale che il defunto ha contratta colla clausola di un contratto enfiteutico, è una obbligazione personale del defunto, della quale per conseguenza tutti i suoi eredi sono tenuti. Ma siccome questa obbligazione non è che accessoria, e sussidiaria al peso del fondo, nel caso, che questo non fosse sufficiente per la prestazione della rendita, gli eredi che non succedono nel fondo non sono tenuti, che in questo caso. E perciò il creditor della rendita può citarli, non per obbligarli direttamente alla continuazione della rendita, ma perchè riconoscano che vi sono obbligati sussidiariamente nel caso, che il fondo che n' è gravato non fosse sufficiente.

Di qui nasce, che se l' erede che è succeduto in questo fondo trovi che non vale la rendita, può, sul rifiuto del creditore di accettar l' abbandono ch' egli offrirà di questo fondo, citar gli altri eredi, perchè sieno tenuti di continuare con lui la rendita per le parti che hanno nella successione, offrendo di abbandonare loro il fondo per le dette porzioni.

Bisogna ben fare attenzione di non confondere colle rendite enfiteutiche quelle che sono da prendersi con assegnamento speciale sopra un certo fondo; queste rendite sono dovute principalmente dalla persona; l' obbligazione del fondo sopra il quale essa è assegnata non è, che accessoria all' obbligazione principale, per comodo della percezione della rendita; e per conseguenza tutti gli eredi ne sono tenuti ciascuno per la porzione che hanno nella successione; e non solamente quegli che succede nel fondo sopra il quale è assegnata.

La regola che noi abbiamo stabilita, che tutti gli eredi del defunto succedono in tutti i debiti quali si sieno, offre due restrizioni. La prima è, che il debito di un corpo certo, che il defunto ha lasciato, non è dovuto, che da quelli che vi succedono, e non dagli eredi che succedono nelle altre specie di beni. La ragione è, che siccome il defunto avrebbe cessato di essere tenuto al debito di questo corpo certo, se avesse cessato senza suo fatto e senza sua colpa di possederlo, così que' coeredi che non lo possedono, che non vi sono succeduti, non possono essere tenuti a questo debito; quelli soltanto che vi sono succeduti possono esserne tenuti.

Da questo principio nasce la decisione seguente: una persona che ha venduto a un mercante di legna per 10,000 lire il taglio di alberi di alto fusto in una selva dei suoi beni proprj paterni, ed è morta prima che si sia fatto il taglio, e pagato il prezzo, lasciando un erede nel mobiliare, ed un erede nei beni proprj paterni, quale di questi due eredi è tenuto all' obbligazione di consegnare gli alberi che il defunto ha venduti, ed a quale dei due eredi la somma di 10,000 lire convenuta pel prezzo è essa dovuta? Bisogna decidere che l' erede dei beni

proprj è solo tenuto alla obbligazione di consegnare gli alberi di alto fusto, e di lasciarne fare il taglio; poichè egli solo è succeduto in questa selva, la quale è ancora in piedi sul fondo proprio nel quale è succeduto; riguardo alle 10,000 lire dovute pel prezzo convenuto della selva, esse non sono dovute all' erede de' proprj che è tenuto di consegnare la selva, ma all' erede del mobiliare; perchè queste 10,000 lire hanno incominciato ad essere dovute al defunto dall' istante che il contratto è stato conchiuso, quantunque la selva venduta non fosse ancora consegnata.

Che se il defunto fosse debitore di un corpo certo ch' ei non avesse lasciato nella sua successione, perchè siasi obbligato temerariamente a consegnar questo corpo certo che non gli apparteneva e che non possedeva, sia perchè avesse cessato di possederlo per suo fatto, alienandolo o lasciandolo perire per sua colpa; in questo caso non vi ha dubbio che tutti i suoi differenti eredi delle differenti specie di beni succederebbero a questa obbligazione del defunto.

La seconda restrizione è, che sotto varii Statuti, come quello di Blois, di Tours, colui che succede nel mobiliare è solo gravato dei debiti mobiliari; ciò è una conseguenza dell' antico spirito del nostro diritto statutario. Essendo sua mira di conservare, per quanto fosse possibile, i fondi nelle famiglie, non si permetteva di mettere mano ai fondi per pagare i debiti, finchè eravi mobiliare per pagarli. E perciò prima dell' Ordinanza del 1539 i creditori non potevano sequestrare i fondi per esser pagati de' loro crediti prima di avere escussi i mobili. Parimenti quelli che succedevano nei fondi non erano tenuti dei debiti finchè eravi mobiliare per pagarli; essendo destinato il mobiliare per pagare i debiti, siccome poco considerato nel nostro diritto francese. Sembra anche che il mobiliare fosse destinato al pagamento di qualsiasi debito.

Posteriormente questo antico diritto di far sopportare al mobiliare i debiti del defunto, fu ristretto a' debiti mobiliari; altri non se ne conoscevano allora, essendo le rendite costituite, come ognuno sa, d' invenzione moderna, e riguardate nel suo principio come i fondi sopra i quali erano assegnate.

Da ciò risulta che questi Statuti sono conformi al più antico diritto che s' osservava nei paesi di Statuto, e ciò può far dubitare se le loro disposizioni debbano seguirsi negli Statuti che non si sono spiegati sulla maniera colla quale i differenti eredi debbono contribuire ai debiti. Non ostante, bisogna decidere che in questi Statuti che non si sono spiegati in proposito, si debba piuttosto seguire la disposizione degli Statuti che, come quelli di Parigi, di Orleans e varii altri, fanno contribuire tutti i differenti eredi in proporzione del profitto che hanno nella successione a tutti i debiti mobiliari ed altri: la ragione è, che questa disposizione è molto più conforme dell' altra ai principj di diritto. Tutti gli eredi rappresentano la persona del defunto, succedono alla sua persona, *sunt juris successores*; e per conseguenza debbono succedere in tutte le sue obbligazioni personali in proporzione della loro parte ereditaria; così è stato giudicato con decisione riportata da Brodeau sopra Louet.

Un abitante di Blois, il cui Statuto sottopone l' erede del mobiliare a tutti i debiti mobiliari, lascia nella sua successione de' beni proprj situati a Blois e degli altri nell'Orleanese, il cui Statuto fa sopportare tutti i debiti da tutti i differenti eredi; e lascia un erede nel mobiliare, ed un altro erede nei beni proprj situati tanto in Blois che in Orleans; come saranno sopportati i debiti mobiliari? Bisogna che l' uno e l' altro Statuto abbia la sua esecuzione. Perciò l' erede de' proprj, conformemente allo Statuto di Orleans che gli deferisce la successione dei fondi situati nel suo territorio col peso di sopportare la sua parte di tutti i debiti della successione anche mobiliare, sopporterà una parte ne' detti debiti, avuto riguardo al valore dei fondi situati in Orleans, rapporto a quella di tutta la successione; e in questo modo lo Statuto di Orleans sarà eseguito. Quello di Blois sarà pure eseguito, non pagando questo erede de' proprj la sua parte dei de-

bili mobiliari, che per ragione dei proprj situati ad Orleans, e non pagando alcuna parte per ragione di quelli che sono situati a Blois, l'erede de' mobili pagherà solo tutta la porzione dei debiti mobiliari della quale sono tenuti tutti i beni del defunto deferiti dallo Statuto di Blois: in questo modo lo Statuto di Blois sarà parimenti eseguito.

Sotto gli Statuti che sottopongono l'erede de' mobili a tutti i debiti mobiliari, ne è egli tenuto oltre le forze del mobiliare, quando il defunto abbia lasciato de' beni proprii più che sufficienti per pagarli, ne' quali un altro erede succede? Vi è chi pensa che ne sia tenuto *ultra vires*, senza alcun regresso contro l'erede de' proprj; e si pretende che vi sia qualche decisione che ha così giudicato. Io avrei della difficoltà ad essere di questo sentimento che mi sembra contrario alle prime nozioni naturali. Secondo queste nozioni, *i beni* di qualsiasi specie, *i beni proprj* come *i beni mobili* debbono essere tenuti ai debiti, *bona non intelliguntur, nisi deducto aere alieno*. Ne debbono essere tenuti almeno sussidiariamente gli uni agli altri. Non può dunque esservi altra differenza tra gli Statuti che sottopongono l'erede de' mobili ai debiti mobiliari, e i nostri, se non che nei nostri Statuti i beni proprj sono tenuti dei debiti mobiliari tanto direttamente quanto ne sono tenuti i beni mobili, laddovechè in questi Statuti i beni mobili ne sono tenuti in primo luogo, ed i proprj sussidiariamente. Sarebbe assurdo che non ne fossero tenuti almeno in questa maniera, e che i debiti di un defunto fossero pagati in parte sopra i beni proprj di uno dei suoi eredi, mentre che vi sarebbe ne' beni della sua successione con che pagarli.

Sebbene sotto questi Statuti l'erede de' mobili sia solo tenuto dei debiti mobiliari, egli non lascia di esser tenuto delle rendite dovute dalla successione in proporzione di ciò che gli perviene dalla successione, vale a dire, di ciò che gli resta di mobiliare, deduzion fatta dei debiti mobiliari o di tutto ciò che deve essere pagato sul mobiliare.

Tutti gli eredi sono pure tenuti di tutti i pesi della successione, come sono le spese funerali, quelle d'inventario, i legati, ec. perchè è naturale che tutti coloro che hanno parte nella successione, abbiano parte ne' suoi pesi.

Bisogna eccettuare da questa regola la maggior parte degli Statuti che sottopongono il mobiliare al pagamento dei debiti mobiliari; perchè questi stessi Statuti lo sottopongono pure alle spese funerali; alcuni anche lo sottopongono all'esecuzione del testamento del defunto; ciò che non deve estendersi che al pagamento de' legati di somme tenui, e pagabili una sola volta.

La regola che tutti gli eredi sono tenuti de' legati soffre ancora eccezione riguardo a' legati di un corpo certo che il defunto abbia lasciato nella sua successione; perchè questi legati di un corpo certo, come è stato già osservato, non sono dovuti, che da quelli che succedono in questo corpo certo.

Quando il defunto abbia lasciato differenti eredi in differenti specie di beni, e ch' egli abbia sottoposto alla prestazione di alcuni legati gli eredi in una certa specie di beni nominativamente, gli eredi delle altre specie di beni non sono tenuti dei detti legati.

Che se egli avesse sottoposto uno de' suoi eredi in una specie di beni alla prestazione di alcuni legati, quando anche avesse ordinato espressamente, che non voleva, che gli altri ne fossero tenuti, gli altri dovrebbero contribuirvi per le loro porzioni ereditarie sotto gli Statuti che, come quelli di Parigi e di Orleans, non permettono, che uno degli eredi sia più avvantaggiato degli altri ne' beni di una successione che dividono insieme; perchè questo sarebbe un vero vantaggio che coloro che non sono sottoposti al legato avrebbero di più di colui che ne fosse gravato, ove non fossero obbligati a contribuirvi con lui.

Quando vi sono differenti eredi in differenti specie di beni, le differenti divisioni di questi differenti specie di beni, e le procedure che vi conducono, come quelle delle stime ec., so-

no pesi particolari della successione particolare di ciascuna di queste specie di beni, piuttosto che pesi generali della successione. E perciò non debbono essere sopportati, che da coloro che succedono in questa specie particolare di beni.

Relativamente alle spese d' inventario, esse debbono sopportarsi da tutti gli eredi, poichè servono a stabilire la distribuzione dei debiti che si dee fare fra tutti gli eredi.

§ 2. *Di coloro che sono ne' diritti degli altri eredi.*

Non v' ha dubbio, che tutti coloro che sono ne' diritti degli eredi sono tenuti ai debiti e pesi della successione, siccome vi era tenuto l' erede nei diritti del quale essi sono. Per esempio, l' erede dell' erede di un defunto è tenuto a tutti i debiti e pesi ereditarj nella stessa guisa, che n' era tenuto l' erede a cui è succeduto; perchè, coll' accettazione della successione del predefunto fatta dall' erede cui egli è succeduto, tutti i debiti e pesi di tale successione sono divenuti proprj debiti dell' erede che gli è succeduto, e per conseguenza ei ne dev' esser tenuto come di tutti gli altri suoi debiti.

Parimenti il cessionario dei diritti di successione, sia che la cessione sia stata fatta a titolo oneroso, sia che sia stata fatta a titolo gratuito, è tenuto ai debiti ed altri pesi della successione, siccome vi era tenuto l' erede che gli ha ceduto i suoi diritti: perchè è della natura di questa cessione, che il cessionario faccia indenne l' erede suo cedente da tutti tali debiti, e pesi: egli prende a suo rischio i diritti della successione che gli sono ceduti; e siccome essi sono composti di attivo e di passivo, avendo egli tutto l' attivo, dee soggiacer pure a tutto il passivo.

Tale cessionario è tenuto non solamente dei debiti e pesi della successione, che rimanevano da pagarsi in tempo della cessione che gli è stata fatta, ma anche di tutti quelli che erano stati pagati prima; perchè, siccome il cedente gli tien conto di tutto ciò che ha raccolto dalla successione, così egli deve indennizzare il suo cedente di tutto ciò ch' egli ha sborsato per la successione; *Passim, tit. ff. de haered. et act. vend.*

Per la stessa ragione, il cessionario dei diritti successorii è tenuto anche di ciò che il defunto doveva al suo cedente, e di cui il suo cedente divenendo erede ha fatto confusione; perchè ei deve rimborsare al suo cedente tutto ciò che gli ha costato l' eredità. Ora essa gli ha costato il suo credito, del quale egli ha fatto confusione; il suo cessionario dee dunque farnelo indenne. Vedi l. 2, § 18, ff. *d. tit.*

Il marito, nella comunione del quale cadono i diritti ereditarj delle successioni pervenute a sua moglie, è, riguardo a ciò, come un cessionario di diritti ereditarj, ed in questa qualità è tenuto a' debiti delle dette successioni. Se egli ha autorizzato sua moglie per accettarle, ne è tenuto indefinitamente; che se la moglie si è fatta autorizzare giudizialmente sul suo rifiuto, egli non è tenuto che sino alla concorrenza dell' attivo caduto nella sua comunione, la sua moglie non potendo obbligarsi senza il suo consenso oltre ciò di cui profitta.

Per la stessa ragione, la moglie che accetta la comunione nella quale sono cadute le successioni di suo marito, è, riguardo a ciò, come cessionaria dei dritti ereditarj delle dette successioni per la metà ch' essa ha nella comunione; e per conseguenza essa è tenuta per la sua metà dei debiti delle dette successioni, siccome è tenuta a tutti gli altri debiti della comunione, essendo tali debiti divenuti debiti della comunione nella quale sono entrati.

Se tutti i beni della successione pervenuta ad uno de' conjugi non sono caduti nella comunione, per esempio, se questa successione fosse composta di mobiliare caduto nella comunione, e di fondi che sono rimasti proprj del conjuge a cui la successione è pervenuta, questo conjuge sopporterà solo una porzione dei debiti ereditarj corrispondente ai fondi della successione che gli sono rimasti proprj, e la comunione sopporterà solamente l' altra porzione corrispondente al mobiliare che vi è entrato. (Vedete questa

quistione agitata estesamente nel *Trattato della Comunione*).

§ 3. *Dei donatarj e legatarj universali, ed altri successori universali.*

I donatarj e legatarj universali sono coloro cui sono state donate o legate non delle cose particolari, ma l'universalità de' beni di una persona, sia per la sua totalità, sia per una quota, per esempio la metà, il terzo, il quarto, il decimo de' beni.

Per quanto piccola sia la quota della quale una persona è donataria o legataria, fosse anche la ventesima o trentesima parte, quando la donazione o legato non è di cose particolari, ma di una quota, per esempio, se si è donato o legato in questi termini, *la ventesima*, *e la trentesima parte de' miei beni*, un tale donatario o legatario è donatario o legatario universale. Al contrario, il donatario o legatario di certe cose, come di una tal terra, di una tal casa, non è che un donatario o legatario particolare ancorchè queste cose componessero più di tre quarti del patrimonio del donante o testatore.

Non solamente i donatarj o legatarj dell'universalità generale, sono donatarj o legatarj universali, ma si reputano pure per tali i donatarj di una specie particolare di beni, o di una quota di questi beni; per esempio, il donatario o legatario de' mobili o del terzo, del quarto, o di una altra porzione de' mobili, il donatario o legatario degli acquisti, il donatario o legatario della metà o del quinto de' beni proprj di una tal linea, sono donatarj o legatarj universali.

Ma se io donassi o lasciassi in legato ad alcuno tutti i miei boschi, o tutti i miei prati, o tutte le mie case di città, tal donatario o legatario non sarebbe donatario o legatario universale; i prati, i boschi, e le case di città, sono specie di fondi non specie di beni; imperciocchè si dividono i beni in beni mobili ed immobili, in acquisti e proprj, in proprj di tale o tale linea, ma giammai alcuno si è avvisato di pensare che i beni si dividano in prati, in boschi, in vigne, in case, ec.

Osservate pure, che se il testatore abbia lasciato in legato un certo fondo ad una persona, sebbene questo fondo sia l'unico immobile ch'egli abbia o il solo proprio, il legato non è nondimeno un legato universale, come lo sarebbe se fosse stato fatto *per modum universitatis*, come se avesse detto: lego i miei beni immobili, io lego i miei beni proprj.

I donatarj o legatarj universali di una persona sono tenuti a suoi debiti; la ragione n'è evidente. Questi donatarj o legatarj sono donatarj o legatarj de' beni o di una quota di beni; ora, secondo le nozioni comuni, i beni racchiudono il peso dei debiti, *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*. Per conseguenza non si può esser donatario o legatario universale di alcuno, senza essere tenuto a' suoi debiti.

Il donatario universale de' beni presenti di una persona è tenuto ai debiti ch' erano già contratti in tempo della donazione, e non a quelli che il donatore avesse contratto dopo; perchè *i beni presenti* non racchiudono che il peso dei debiti presenti, e non dev'essere in potere del donante di diminuire l'effetto della sua donazione contraendo posteriormente dei debiti; ciò sarebbe annullare l'irrevocabilità che costituisce il carattere delle donazioni tra vivi.

Il donatario de' beni presenti non deve nè anche esser tenuto alle spese funerarie del donatore, se egli ha lasciato altri beni sopra i quali possano prendersi; perchè debbono piuttosto prendersi sopra questi beni che appartenevano al defunto, e sono della sua successione, che sopra quelli che hanno cessato di appartenergli colla donazione ch' ei ne ha fatta.

Che se il donante non avesse lasciato altri beni che quelli da lui donati, l'umanità e la gratitudine dovuta dal donatario al donante, richiedono che queste spese si prendano sopra i beni donati.

Il donatario de' beni che il donante lascerà in tempo della sua morte, o di una quota di questi beni, è tenuto per la parte, di cui è donatario, a tutti i debiti che si trovano in tempo della morte del donante, e delle spese

funerarie, perchè *i beni che lascerà in tempo della sua morte* racchiudono il peso di tutti i suoi debiti e delle spese funerali. Ma egli non sarà tenuto de' legati, perchè non deve essere in potere del donante di diminuire l' effetto della sua donazione facendo de' legati.

I legatarj universali sono tenuti per la parte della quale sono legatarj, tanto ai legati che ai debiti ed altri pesi della successione; essi non sono legatarj, che di ciò che rimane dopo la soddisfazione di tutti i pesi.

Riguardo ai legatarj delle cose particolari, quand' anche le cose che loro fossero legate, formassero i tre quarti o la metà del suo patrimonio, essi non sono tenuti per niente dei debiti del defunto, nè degli altri pesi nella sua successione; perchè queste cose particolari non racchiudono il peso dei debiti, *onus aeris alieni non singularum rerum, sed universi patrimonii onus est.*

Tuttavia possono alle volte esserne indirettamente tenuti in questo senso, che se il defunto abbia legato oltre la porzione disponibile, dopo pagati i debiti, si può ripetere da' legatarj ciò che hanno ricevuto di più di quello che non era permesso al testatore di legare, e perciò tutti i legati particolari debbono ridursi in proporzione.

Secondo lo stesso principio, che i *beni* racchiudono il peso dei debiti, tutti coloro che succedono, a qualsiasi titolo, ne' beni d' una persona come a beni vacanti, come sono il re o i feudatarj di alta giurisdizione che succedono ne' beni d' un defunto per diritto di confisca, bastardigia, caducità, albinaggio etc., sono tenuti ai debiti della successione di questo defunto ed a tutti gli altri pesi de' suoi beni.

È lo stesso di un abate o monastero che succede nel peculio del suo religioso.

Perchè i legatarj e donatarj universali, i successori a titolo di caducità, ed altri, che succedono ne' beni piuttosto che alla persona, non siano tenuti ai debiti che sino alla concorrenza de' beni ne' quali sono succeduti, bisogna che ne abbiano fatto comprovare la quantità con un inventario o qualche altro atto equivalente. Se essi se ne sono messi in possesso senza adempiere a questa formalità, e che ne abbiano disposto, saranno tenuti indefinitamente dei debiti, e non saranno ammessi ad offrire di abbandonare e tener conto de' beni, perchè si sono messi per loro colpa fuori stato di poterne comprovare la quantità; tal è il sentimento comune, dal quale devia Ricard, il quale pretende che anche in questo caso debbano essere ammessi all' abbandono, ed a giustificare colla notorietà la quantità dei beni: tal sentimento non dev' esser facilmente abbracciato.

ARTICOLO III.

Come e per qual parte coloro che sono tenuti ai pesi di una successione, ne sieno essi tenuti.

§. *Gli eredi sono tenuti ai debiti di un defunto per la parte di cui sono eredi, anche oltre le forze della successione.*

Questo principio si deduce dalla definizione stessa dell' erede. L' erede è colui che succede in tutti i diritti attivi e passivi del defunto, per conseguenza in tutte le sue obbligazioni, in tutti i suoi debiti; egli non è tenuto ai debiti come ad un peso dei beni ne' quali ei succede, ma n' è tenuto come successore, non solamente ne' beni ma nella persona stessa del defunto, vale a dire di tutti i suo diritti personali attivi e passivi, e per conseguenza di tutti i suoi debiti, ancorchè eccedenti il valore de' suoi beni.

Questa regola ha luogo riguardo agli eredi parziali come a riguardo dell' erede unico. La sola differenza che passa fra essi è, che gli eredi parziali sono tenuti a' debiti soltanto per la stessa parte di cui sono eredi, in vece che l' erede unico è tenuto della totalità dei debiti; ma convengono in ciò che l' erede parziale, per esempio, l' erede del quarto, è tenuto al quarto dei debiti oltre il valore del quarto de' beni nel quale succede, siccome l' erede unico è tenuto della totalità dei debiti oltre il valore della totalità dei beni.

La nostra regola non soffre restrizione che a riguardo degli eredi col beneficio d' inventario, come abbiamo visto nel *cap.* 3, *sez.* 2, *art.* 1.

L' erede che ha ceduto i diritti ereditarj non lascia di continuare ad esser tenuto a' debiti della successione, salvo il suo regresso contro il suo cessionario che dee liberarnelo; perchè la cessione fatta non lo fa cessare di essere erede, e non può liberarlo dalle obbligazioni che egli ha contratte verso i creditori della successione coll' accettazione che ne ha fatta.

Parimenti, quantunque vi sieno dei donatarj o de' legatarj universali, l' erede non lascia di esser tenuto ai debiti per la totalità, se egli è erede unico, o per la porzione della quale è erede, salvo il suo regresso contro i donatarj e legatarj universali, per ciò che debbono sopportarne.

Non avviene lo stesso de' legati come dei debiti; l' erede non vi è tenuto *ultra vires*, ma solamente fino alla concorrenza de' beni; e nemmeno fino alla concorrenza di tutti i beni, ma solamente fino alla concorrenza de' beni disponibili, vale a dire dei beni mobili ed acquisti della porzione de' proprj, di cui gli Statuti permettono di disporre per testamento. E perciò può liberarsene abbandonando a tutti i legatarj tutti i beni disponibili, e ritenendo la porzione de' proprj che gli Statuti riservano all' erede, porzione che sotto gli Statuti di Parigi e di Orleans è di quattro quinti.

Facendo questo abbandono, rimane liberato dai legati verso i legatarj, ed il peso dei debiti dev' esser diviso fra questi legatarj, per ragione de' beni disponibili che sono loro abbandonati, e tra l' erede per ragione di quelli da lui ritenuti.

La ragione di tale differenza tra i legati e i debiti è sensibile: gli Statuti non accordano al testatore il potere di far de' legati, che fino alla concorrenza de' beni disponibili: per conseguenza essi non sono validi al di là; ma fu in potere del defunto di contrarre quanti debiti ha voluto.

Coloro che sono succeduti ne' diritti degli eredi sono pure tenuti dei debiti *ultra vires*, poichè ne sono tenuti nella stessa maniera degli eredi, come è stato detto nell' articolo precedente.

Riguardo ai donatarj e legatarj universali, al re ed ai signori che succedono per diritto di albinaggio, caducità, etc., agli abati e monisterj che succedono nel peculio de' loro religiosi, tutte queste persone non sono tenute ai debiti, che fino alla concorrenza de' beni ne' quali succedono; essi possono, abbandonandoli, liberarsi dai debiti. La ragione è, che tutte queste persone non succedono alla persona del defunto, ma solamente ai suoi beni; essi non sono tenuti ai debiti se non perchè sono un peso de' beni, ma non ne sono debitori personali. Ora, è massima di diritto, che quando noi non siamo tenuti a qualche debito, che per ragione di una cosa che possediamo, possiamo sempre liberarcene abbandonando la cosa.

§ 2. *Per quale porzione gli eredi sieno essi tenuti ai debiti.*

L' erede unico è tenuto alla totalità dei debiti, quand' anche vi fossero dei donatarj e legatarj universali di porzioni de' beni, salvo a lui il suo regresso contro essi per la parte, che ne debbono sopportare, secondo che abbiamo già osservato. Quando il defunto abbia lasciato più eredi vi sono alcuni Statuti abbastanza irragionevoli per obbligarli tutti solidamente ai debiti del defunto, come se più persone potessero succedere *in solidum* ne' diritti di una persona. Fuori di questi Statuti, ciascun erede è tenuto ai debiti per la parte di cui è erede.

Ho detto per la parte di cui è erede, e non già per quella, che avrà nella divisione de' beni della successione; perchè se, per esempio, una persona abbia lasciato due eredi, ed abbia fatto un estraneo legatario del terzo dei suoi beni, i suoi due eredi saranno tenuti ai debiti della successione ciascuno per metà, salvo il loro regresso contro il legatario universale che ne dee sopportare un terzo. La ragione è che, quantunque ciascuno di questi eredi non debba avere nella divisione de' beni della successione che il terzo, nondimeno sono eredi ciascuno per

metà: essi sono investiti fin dall' istante della morte del defunto, ciascuno per metà, di tutti i diritti attivi e passivi del defunto. Il rilascio che fanno al legatario del terzo dei beni, obbliga bensì questo legatario a sopportare in loro discarico il terzo dei debiti, ed indennizzarli di questo terzo, ma non li libera verso i creditori della successione.

Quando più figli succedono per diritto di rappresentazione del loro padre o madre, ciascuno di essi non è erede, che per la quota che ha nella porzione della persona da essi rappresentata. E perciò non è ciascuno tenuto ai debiti, che per la sua parte in questa porzione. Per esempio, una persona lascia per eredi due fratelli e quattro nipoti per rappresentazione di un terzo fratello; ciascuno di questi nipoti non sarà tenuto ai debiti, che pel suo quarto nel terzo, vale a dire per un duodecimo.

Quando tutti gli eredi di un defunto sono eredi negli stessi beni, la parte, che ciascuno ha nella successione, è certa, e per conseguenza la parte che ciascuno dee sopportare nei debiti lo è pure.

Quando il defunto abbia lasciato differenti eredi in differenti specie di beni, per esempio, un erede ne' mobili, acquisti e proprj materni, e un altro ne' proprj paterni, ciascun erede è riputato succedere in una parte proporzionata al valore attivo dei beni ne' quali succede, in confronto del valore di tutta la successione, e dee per conseguenza sopportare la stessa parte ne' debiti ereditarj. Perciò se i mobili, acquisti e proprj materni fanno tre quarti di tutta la successione, e i proprj paterni l' altro quarto, l' erede dei mobili, acquisti e proprj materni sopporterà solo i tre quarti dei debiti, e l' erede de' proprj paterni ne sopporterà solo il quarto.

Questa parte non può constare se non con una ventilazione, la quale non può farsi, che dopo una stima dei differenti beni della successione. Comunemente si crede che precariamente questi differenti eredi sono tenuti ai debiti ciascuno per la sua porzione virile, salvo di farsi ragione del più o del meno, quando le porzioni sono state stabilite colla ventilazione.

Secondo i principj che abbiamo stabilito, quando de' maschi succedono colle femmine ad un defunto che abbia lasciato dei feudi nella sua successione, i maschi avendo una maggior parte delle femmine, debbono sopportare una parte di debiti maggiore. Per esempio, se il fratello e la sorella di una persona le succedono, e che un quarto della successione sia di beni feudali e tre quarti di beni ordinarj, il fratello che solo succede ne' beni feudali, e che divide gli altri beni colla sua sorella, sopporterà il quarto e la metà de' tre quarti dei debiti, vale a dire, cinque ottavi.

Non avviene lo stesso rispetto al primogenito nelle successioni della linea diretta, come or ora lo vedremo.

§ 3. *Per qual parte il primogenito contribuisca ai debiti.*

Sebbene il primogenito abbia nei fondi una porzione più considerevole di quella de' suoi secondogeniti, nondimeno egli è tenuto alla stessa porzione dei debiti, cui ciascuno de' secondogeniti è tenuto: gli Statuti di Parigi, art. 334, e di Orleans, art. 360, lo decidono formalmente. La ragione è, che questi Statuti ed altri simili accordano al primogenito, in forma di prelegato ed anteparte, ciò che gli accordano oltre la parte de' secondogeniti ne' feudi, e non lo reputano erede, che per la sua porzione virile. Per esempio, se un padre lascia quattro figli, sebbene il primogenito abbia solo l' abitazione e la metà de' feudi, nondimeno egli non è riputato erede, che pel suo quarto, poichè si reputa avere il di più a titolo di prelegato; e in conseguenza non è tenuto a' debiti della successione, che pel suo quarto.

Se il defunto doveva l' intiero prezzo di una casa di città che il primogenito abbia scelto per sua abitazione; questo primogenito che prende nella successione questa abitazione intiera, non dovrà egli che la sua porzione virile del prezzo che n' è dovuto? Senza dubbio. Questo è un debito della successione, di cui tutti gli eredi sono tenuti, ciascuno per la sua porzione, come di tutti gli altri: perchè, secondo il principio che noi abbiamo stabilito altrove, non si considera la causa, nè l' origine dei debiti,

Quantunque le rendite costituite sieno assegnate sopra de' feudi, il primogenito non ne dee, che la sua porzione virile: perchè questo assegnamento speciale non impedisce che queste rendite sieno debiti personali del defunto, de' quali ciascuno dei figli è tenuto per eguali porzioni.

Questa decisione ha luogo quando anche il fondo fosse stato pignorato per questa rendita a danno del defunto. Se questo defunto ha lasciato quattro figli, il primogenito avrà la metà in questo fondo feudale pignorato; perchè il pignoramento non impedisce, che appartenga alla successione, e nondimeno egli non dovrà, che il suo quarto della rendita per la quale il fondo è stato sequestrato; e perciò se viene in seguito aggiudicato, *puta*, per 10,000 lire, che abbiano servito a pagare il creditor di questa rendita, il primogenito a cui appartiene la metà del prezzo, che è di 5,000 lire, ma che non dee che il quarto nelle 10,000 lire pagate, cioè 2,500, si trova aver pagato 2,500 lire pe' secondogeniti delle quali debbono essi compensarlo.

Succede diversamente delle rendite fondiali delle quali qualche fondo feudale fosse gravato; queste rendite non sono debiti della successione, ma pesi del fondo, de' quali per conseguenza il primogenito dev' esser tenuto, non per la porzione di cui è erede, ma per quella che ha nel fondo

Bisogna dire la stessa cosa delle ipoteche di cui un fondo feudale fosse gravato pe' debiti dovuti da terzi e non dal defunto.

Il principio che noi abbiamo stabilito, che l' anteparte del primogenito è franca dai debiti della successione, riceve una eccezione nel caso che i debiti assorbissero il resto de' beni. Per esempio, se una persona abbia lasciato 60,000 lire di beni tutti feudali, oltre l' abitazione del primogenito, 48,000 lire di debiti e sei figli, ciascuno de' secondogeniti non avrà che il suo decimo, cioè 6,000 lire, per conseguenza il primogenito che ha 30,000 lire per la sua metà de' beni feudali, oltre l' abitazione, si trova avere 24,000 lire più di ciascuno dei suoi fratelli, oltre l' abitazione, a titolo di anteparte. Non rimangono, dopo che è stata prelevata questa anteparte, che 36,000 lire nella successione, che ne ha 48,000 di debiti, questi debiti per conseguenza eccedono di lire 12,000 il restante della successione. L' anteparte del primogenito non dev' essere in questo caso franca e libera di debiti; ma si debbono sottrarre da essa le 12,000 lire che mancano per pagare i debiti; perchè gli Statuti accordando un prelegato al primogenito, non intendono farlo *ultra vires haereditatis*; e siccome i prelegati fatti dal testatore in paese di diritto scritto, dove i prelegati sono permessi, soffrirebbero in questo caso tale riduzione, non essendo permesso di disporre oltre il suo avere, così in tal caso il prelegato legale del primogenito dee soffrire questa riduzione, poichè non si presume che la legge lo faccia *ultra vires haereditatis*.

Sarebbe assurdo, che i secondogeniti fossero obbligati di pagare una parte dei debiti ereditarj sopra i loro proprj beni, mentre che vi sarebbero de' beni della successione più che sufficienti per pagarli, di cui il primogenito goderebbe per sua anteparte.

Lemaitre va più lungi: egli vuole, che si prelevi in tal caso una legittima pei secondogeniti; e questa legittima debb' essere la metà di ciò che essi avrebbero se i debiti fossero prelevati sopra tutti i beni della successione. Quindi, nel caso proposto, i debiti, che sono di 48,000 lire, essendo prelevati sopra tutta la successione ch' è di 60,000, oltre l' abitazione, rimarrebbero 12,000 lire su le quali i cinque secondogeniti ne avrebbero 6,000, cioè 1,200 per ciascuno: la legittima di ciascuno dev' essere di 600 lire per le 30,000 lire che debbono essere prevelate sopra l' anteparte del primogenito. Tal sentimento di Lemaitre è equissimo e dev' essere seguito: perchè il principio che accorda al primogenito un'anteparte franca di debiti, opponendosi al diritto naturale, dee prevalere, e far cedere l' altro che è di diritto arbitrario.

Ciò che abbiam detto finora, che il primogenito contribuisce ai debiti per egual porzione co' suoi secondo-

geniti, non ha luogo che negli Statuti come quelli di Parigi e di Orleans, che gli accordano ciò che ha più di essi in forma di prelegato. Avviene diversamente in quelli dove il primogenito è erede di una maggior porzione, o pure è unico erede e padrone di tutta la successione, coll'obbligo di far parte di una certa porzione ai secondogeniti; non v' ha dubbio che sotto questi Statuti i secondogeniti non debbono contribuire ai debiti, che per la porzione che loro è assegnata.

§ 4. *Per qual parte i donatarj e legatarj universali, ed altri successori universali contribuiscono ai debiti.*

I donatarj e legatarj universali di una quota di beni, per esempio della metà, del terzo, del quarto, sono tenuti ai debiti per la stessa parte.

Se la parte di cui sono donatarj o legatarj, fosse ridotta ad una minore, la parte che debbono supportare nei debiti sarebbe parimenti ridotta.

Il donatario o legatario universale indefinitamente, è bensì tenuto alla totalità dei debiti quando tutti i beni del donante o testatore sono disponibili, e che la donazione o legato non soffra alcuna riduzione: ma se vi sieno de' beni non disponibili, se la donazione o i legati universali soffrano qualche riduzione, sia per la legittima de' figli, sia per la legittima statutaria, vale a dire per la porzione, che gli Statuti riservano all' erede ne' beni proprj, per quanto sia indefinita la donazione o il legato universale, il donatario o legatario universale non sarà tenuto ai debiti, che per una quota proporzionata al valore de' beni che gli rimangono, in confronto del valore totale di tutti i beni lasciati dal defunto, e il legittimario o l' erede, che si attiene alle riserve dello Statuto, sarà tenuto del soprappiù dei debiti.

Quando più signori succedono in differenti beni di un condannato o di un uomo morto senza eredi, e che tali beni sieno situati in differenti territorj delle loro giurisdizioni, ciascuno sopporta nei debiti una parte proporzionata al valore de' beni ne' quali succede in confronto della loro totalità.

§ 5. *Dei debiti indivisibili.*

Ciò che abbiamo detto finora, che gli eredi e i successori universali sono tenuti ai debiti per la porzione di cui sono eredi, soffre una eccezione necessaria riguardo ai debiti indivisibili; perchè questi debiti non potendo per loro natura dividersi, è necessario che ciascun erede, ciascun successore universale ne sia tenuto per la totalità: *ea quae in partes dividi non possunt, solida a singulis hæredibus debentur*; *l.* 192, ff. *de regulis juris.*

Si chiamano debiti indivisibili i debiti delle cose che non si possono avere in parte, nè pagare per parte, anche indivisa; le cose che non sono suscettibili di parti nè reali nè anche intellettuali, come è un diritto di servitù; perchè non si può avere per parte un diritto di servitù, come è un diritto di veduta, un diritto di passaggio sopra il fondo altrui; non si può costituire per parte un tale diritto, *servitus pro parte constitui non potest*.

Perciò se il defunto si fosse obbligato di costituire sopra il suo fondo ed a favore del proprietario del fondo vicino al suo un diritto di passaggio, e ch' egli lasci quattro eredi che succedono ciascuno pel suo quarto in questo fondo, ciascuno de' suoi eredi è tenuto di questo debito non pel suo quarto ma solidamente, poichè esso è indivisibile. Non si può costituire un diritto di passaggio per un quarto; non si può lasciar passare una persona per un quarto; il creditore potrà dunque agire solidamente contro ciascun erede, perchè gli costituiscano la servitù, perchè lo lascino passare.

Che se la cosa dovuta non è suscettibile, per verità, di una divisione reale, ma sia suscettibile di parti almeno intellettuali, se si può possederla, esserne proprietario per porzioni indivise, il debito di una tale cosa non è indivisibile, e gli eredi non ne sono tenuti solidamente, ma ciascuno per la sua porzione. Per esempio, se il defunto mi abbia venduto il suo cavallo che non mi è stato an-

cora consegnato, e lasci quattro eredi, ciascun erede non è tenuto di questo debito che pel suo quarto, consegnandomi il cavallo pel quarto indiviso, chegliene appartiene, è liberato della sua obbligazione; perchè quantunque questo cavallo non sia suscettibile di una divisione reale, egli è suscettibile di parti almeno intellettuali; può esser posseduto da più persone ciascuna delle quali abbia la sua porzione indivisa, e per conseguenza può essere dovuto e pagato per parti: l' obbligazione non ne è dunque indivisibile.

Vi sono delle obbligazioni che sono indivisibili nella loro origine, ma che, per l' inadempimento della obbligazione, si convertono in una obbligazione di danni ed interessi, la quale è divisibile, avendo per oggetto la somma di danari alla quale saranno stimati questi danni ed interessi. Tali sono tutte le obbligazioni di far qualche cosa, per esempio di fabbricare una casa; tale è l' obbligazione, che contrae un venditore di garentire il compratore da tutte le turbazioni di possesso della cosa venduta, essendo queste obbligazioni indivisibili nel loro oggetto; imperciocchè, per esempio, non si può soddisfare in parte all' obbligazione di fabbricare una casa, di garantire un compratore dalla turbazione, che si fa al suo possesso; ciascun erede di quello, che l' ha contratta in origine, è tenuto solidamente. Si può domandare contro ciascuno degli eredi, che sia tenuto di fabbricare la casa, di difender l' attore contro la turbazione del suo possesso; ma siccome queste obbligazioni pel loro inadempimento si convertono in una obbligazione di danni ed interessi, che è divisibile, ciascuno de' suoi eredi citato solidamente per adempiere l' obbligazione del defunto, non sarà nondimeno per tale inadempimento condannato ai danni ed interessi, se non per la parte della quale è erede; *l.* 85, § 5; *l.* 139, *ff. de verb. oblig.*

§ 6. *Per qual parte gli eredi e successori universali sieno tenuti dei legati.*

Regolarmente gli eredi e successori universali sono tenuti ai legati per la stessa parte per la quale sono tenuti ai debiti, vale a dire per la parte della quale sono eredi, e nella quale succedono.

Questa regola soffre difficoltà in un caso, cioè: quando vi è un erede nei beni proprj, ed uno ne' mobili, ed acquisti, l' erede ne' proprj contribuisce ai debiti in proporzione del valore della totalità de' beni proprj. Dovrà egli parimenti contribuire ai legati in proporzione della totalità de' proprj, o contribuirvi soltanto in proporzione della quota de' proprj che è disponibile, e che è fissata al quinto sotto gli Statuti di Parigi e di Orleans? Varj pensano, che l' erede de' beni proprj ha bensì il diritto di esonerarsi dei legati per intiero, attenendosi alla porzione che gli Statuti gli accordano nei beni proprj (che negli Statuti di Parigi e d' Orleans è di quattro quinti), ed abbandonando il soprappiù, ma che questo sia il solo diritto ch' egli ha; che quando egli non giudica a proposito di usarne, e che conserva tutti i beni ne' quali è succeduto, dee contribuire ai legati egualmente che ai debiti, in proporzione di ciò in cui succede. Altri pensano, che l' erede de' beni proprj non dee contribuire ai legati, se non in proporzione dei soli beni disponibili, che ritiene, e che non si dee comprendere fra' beni pei quali dee contribuire ai legati, la porzione de' beni proprj, che gli Statuti gli riservano. Io inclinerei molto per questo sentimento: la ragione è che i legati non sono, come i debiti, un peso di tutti i beni, ma sono un peso de' soli beni disponibili. Questo è ciò che gli Statuti di Parigi, art. 292, e di Orleans, art. 282, dichiarano dicendo che *qualunque persona può testare de' suoi beni mobili, acquisti, e della quinta parte di tutti i suoi proprj e non più oltre*: ciò è dire bene formalmente, che soltanto i mobili, acquisti, ed il quinto de' proprj sono soggetti ai legati, e che i legati sono un peso di questi soli beni, e non del soprappiù de' proprj. Ora, ciascuno dee contribuire ai pesi di una cosa soltanto in proporzione della parte che vi ha: l' erede de' beni proprj non dee dunque contribuire ai legati

che in proporzione della parte che ha ne' beni disponibili, di cui i legati sono un peso, e non in proporzione de' quattro quinti dei proprj, che sono beni non disponibili e non soggetti al peso de' legati.

ARTICOLO IV.

Delle azioni dei creditori e legatarj contro gli eredi ed altri successori universali.

I creditori della successione hanno un' azione personale contro ciascuno degli eredi per la parte di cui sono eredi, e contro ciascuno de' successori universali, per la parte che ciascuno di loro ha ne' beni della successione.

Se la parte di ciascuno degli eredi non fosse ancora comprovata e liquidata da una ventilazione, noi abbiamo di già osservato, che i creditori avevano azione contro ciascuno degli eredi per una porzione virile, vale a dire, secondo il numero degli eredi, salvo di farsi ragione del più o del meno, che dovranno sopportare ne' debiti, quando la loro parte sarà giustificata.

I creditori ipotecarj della successione, oltre l' azion personale che hanno contro ciascuno degli eredi o successori universali, hanno l' azione ipotecaria contro ciascuno degli eredi o successori che posseggono qualche stabile della successione soggetto alla loro ipoteca; essi l' hanno pure contro i terzi detentori.

Questa azione ipotecaria, che hanno i creditori ipotecarj contro ciascuno degli eredi possessori d' immobili, loro dà diritto di domandare solidamente contro ciascuno dei detti eredi il pagamento della totalità de' loro crediti; perchè ciascun immobile della successione del loro debitore, ed anche la più piccola porzione di ciascun immobile, è ipotecata alla totalità de' loro crediti, secondo la natura dell' ipoteca, che è indivisibile; d' onde segue che ciascun erede, possessore della più piccola parte degl' immobili ereditarj, è tenuto ipotecariamente alla totalità de' loro crediti.

È di uso, che i creditorj ipotecarj della successione quando essi istituiscono un giudizio contro gli eredi, cumulino le due azioni che hanno contro di essi, la personale e l' ipotecaria; e conseguentemente conchiudono contro ciascun erede onde sia condannato personalmente per la parte di cui è erede, ed ipotecariamente per la totalità, a loro pagare la somma che loro è dovuta.

L' erede può essere liberato dalla condanna solidale offrendo di abbandonare tutti gl' immobili caduti nella sua parte se la divisione è di già fatta, o abbandonando la sua parte indivisa se la divisione non è ancora fatta: perchè è della natura dell' azione ipotecaria, che la condanna, che interviene in virtù di tale azione, contenga, se non espressamente, almeno tacitamente, l' alternativa di abbandonare i fondi ipotecati. L' ipoteca non è altra cosa, che il diritto che ha un creditore di farsi rilasciar certe cose, e di venderle per pagarsi dei suoi crediti; l' azione ipotecaria che ne risulta non ha altro oggetto, che questo rilascio. Il possessore, contro cui quest' azione è proposta, non è tenuto ad altro, che a questo rilascio; il pagamento delle cause dell' azione ipotecaria non è che *in facultate*, per evitare il rilascio, piuttosto che *in obligatione*; per conseguenza quando egli è condannato ipotecariamente a pagare, il senso della condanna non può essere, se non che sarà obbligato di pagare se vuol conservare i beni ipotecati che possiede, e se non gli abbandona: tal è il senso di queste parole, *condannato ipotecariamente*.

Osservate che quantunque egli abbandoni i beni ipotecati, la sua condanna personale per la parte di cui è erede sussiste sempre contro di lui. E perciò nelle conclusioni e nella sentenza si distinguono queste due condanne: si condanna l' erede personalmente per la parte di cui è erede, ed ipotecariamente per la totalità; ciò che sarebbe inutile distinguere, se lo erede abbandonando potesse liberarsi egualmente dalla condanna ipotecaria, che dalla personale.

Se l' erede parziale ha cessato senza frodi di possedere gl' immobili ereditarj, continua egli ad esser tenuto so-

lidamente verso i creditori ipotecarj? Loyseau insegna che tale era la pratica del foro a suoi tempi: egli pretende che l' azione personale e l' azione ipotecaria avendo una volta concorso contro questo erede, siasi formata da questo concorso un' azione personale ipotecaria pel pagamento della totalità del credito, la quale partecipa della natura dell' una e dell' altra; dell' ipotecaria, all' effetto della solidalità della condanna, e della personale, all' effetto ch' essa duri anche dopo che l' erede avesse cessato di possedere. Questa azione personale ipotecaria è *merum figmentum*. Egli è molto più ragionevole di distinguere sempre le due azioni, e dire che quando lo erede abbia cessato di possedere gli immobili della successione, non rimane contro di lui se non l' azione personale per la parte di cui è erede, e che l' azione ipotecaria cessa di aver luogo contro di lui, essendo della natura di quest' azione, ch' è reale e che tende a far rilasciare i fondi ipotecati, ch' essa non possa aver luogo se non contro quelli, che li posseggono, e che possono rilasciarli.

Quando uno degli eredi in virtù d' un' azione ipotecaria proposta contro di lui sia stato obbligato di pagare il debito per intiero, gli Statuti di Parigi, art. 333, e di Orleans, art. 358, dicono, che in questo caso egli ha il suo regresso contro i suoi coeredi.

Egli può esercitar questo regresso in due maniere: o in suo nome, *judicio familiae erciscundae*, secondo che noi abbiamo visto nel capitolo precedente; oppure come esercente i diritti del creditore dal quale si può far surrogare quando lo paga.

È una grande quistione se l' erede, che si è fatto surrogare nelle azioni del creditore, possa esercitarle solidamente contro ciascuno de' suoi coeredi, la sua parte confusa, o se queste azioni si debbano dividere.

I creditori ipotecarj del defunto non hanno ipoteca che sopra i beni della successione; siccome non si può ipotecare, che la propria cosa, e non si può accordar diritto in una cosa in cui non se ne ha, questo defunto non può accordare ipoteca sopra i beni del suo erede, che non sono suoi. Perciò la clausola che fosse inserita in un atto con cui il debitore ipoteca i suoi beni e quelli de' suoi eredi, non produrrebbe alcun effetto riguardo a' beni degli eredi.

I creditori ipotecarj del defunto non possono dunque acquistare ipoteca su i beni degli eredi, se non in virtù di un nuovo titolo col quale gli eredi si obbligassero dinanzi notajo al debito del defunto, o con una sentenza di condanna, che i detti creditori ottenessero contro gli eredi.

I creditori non possono nè anche far alcun pignoramento contro l' erede, fino a che si sia obbligato verso loro in virtù d' un titolo nuovo per atto autentico, o che sia stato condannato da una sentenza, perchè è massima del diritto francese, contenuta nel nostro Statuto, art. 433, che *tutte le esecuzioni cessano per la morte dell' obbligato*; lo Statuto di Parigi, art. 168, ne ha una disposizione.

Non solamente il creditore non può prima di questo tempo procedere al pignoramento de' beni proprj dell' erede, ma non può nè anche procedere esecutivamente sopra quelli della successione; ma può sequestrarli, e pignorarli dopo un precetto fatto all' erede, Statuto di Parigi, art. 169. Lo Statuto di Orleans, art. 441, permette di sequestrare e procedere al pignoramento de' beni ereditarj, quando l' erede sia domiciliato fuori del baliaggio. In questo caso non occorre nè precetto, nè permissione del giudice per questo pignoramento che si fa in virtù dello Statuto: eccettuato questo caso, è necessario il permesso del giudice.

Dopo aver parlato delle azioni dei creditori, l' ordine richiederebbe che si facesse parola di quelle de' legatarj; ma siccome questa materia ha il suo posto più naturalmente nel *Trattato dei Testamenti*, colà rimetto il lettore.

Ci resta a parlare del diritto, che hanno i creditori e legatarj particolari di una successione di domandare contro i creditori particolari dell' erede la separazione de' beni ereditarj da quelli dell' erede, perchè sieno pagati sopra quelli della successione in preferenza de' creditori dell' erede.

Questo diritto è dedotto dall' editto del pretore, ed è fondato sopra questo principio desunto dalla natura delle cose, che i creditori non possono avere maggiore diritto sopra i beni del loro debitore di quello, che ne abbia il loro debitore stesso. Donde segue che l' erede non avendo i beni della successione, se non coll' obbligo di pagarne i debiti ed adempiere a' legati e ad altri pesi, i creditori di questo erede non potendo avere maggiore diritto sopra questi beni, che l' erede loro debitore, debbono soffrire, che i debiti, legati, ed altri pesi di questi beni sieno pagati sopra dei medesimi prima che possano pagarsi essi stessi sopra detti beni. Questo è l' effetto della separazione de' beni ereditarj da quelli dell' erede che i creditori e legatarj della successione hanno diritto di domandare al giudice.

Questo diritto di separazione è inutile ai creditori ipotecarj sotto gli Statuti in cui i mobili sono suscettibili d' ipoteca, e sotto i nostri Statuti, quando la successione sia composta soltanto d' immobili: la ragione è che l' azione ipotecaria, che hanno, loro basta per esser pagati sopra questi beni ad esclusione de' creditori dell' erede, che non possono essere collocati in ordine d' ipoteca sopra questi beni, se non dopo tutti i creditori ipotecarj del defunto; perchè l' erede loro debitore non avendo tali beni se non col peso delle ipoteche de' creditori del defunto, non ha potuto ipotecarli a' suoi proprj creditori, se non sotto questo peso: egli non ha potuto loro accordare ipoteca, che dopo quello dei creditori del defunto.

Bisogna dire la stessa cosa de' legatarj. La ipoteca che Giustiniano loro ha accordato sopra i beni ereditarj, e che noi abbiamo adottata nella nostra giurisprudenza, è preferibile a quella di tutti i creditori dell' erede. D' onde segue, che essi non hanno bisogno della separazione de' beni, quando tutti i beni del defunto sono per loro natura suscettibili d' ipoteca.

Del resto, tutti i creditori del defunto indistintamente possono ottenere questa separazione, quelli pure il cui credito sia ancora sospeso da una condizione dalla quale dipenda, e che non è ancora avvenuta; almeno all' effetto che i creditori dell' erede non possano esser pagati sopra i beni ereditarj senonchè dando loro cauzione di restituire a loro favore, se la condizione del loro credito si verifica.

Anche l' erede parziale del defunto può domandare la separazione de' beni per ciò che gli fosse dovuto dal defunto, oltre la deduzione della parte di cui fa confusione come erede; *l.* 7, Cod. *de bon. auth. jud. poss.*

Questa separazione ha luogo indistintamente contro tutti i creditori dell' erede, anche contro il fisco; *l.* 1, § 4, ff. *de separat.*

Questa separazione non può essere domandata dai creditori del defunto, quando essi abbiano fatto novazione del credito, che avevano contro il defunto, in un altro contro il suo erede, prendendolo per loro proprio debitore in luogo del defunto; perciocchè con ciò cessano di esser creditori del defunto, e divengono piuttosto creditori dell' erede; *l.* 1, § 10, 15, 16, ff. *d. tit.*

Ma non si reputa, che essi abbiano fatto questa novazione perchè lo abbiano citato all' effetto di fare dichiarare contro di lui i loro titoli esecutorj; *l.* 7, *d. tit.*

Secondo il diritto romano, questa separazione deve esser domandata *rebus integris*, prima, che i beni del defunto sieno mischiati con quelli dell' erede, e tutto al più tardi tra i cinque anni; *l.* 1, § 12 e 13. Secondo il nostro diritto, non vi è tempo limitato: vi è sempre tempo finchè i beni della successione possono ancora facilmente separarsi da quelli dell' erede.

Le cose donate fra vivi dal defunto all' erede, quantunque soggette a collazione, non sono comprese ne' beni di cui i creditori ereditarj hanno diritto di domandare la separazione; perchè queste cose non sono riputate beni ereditarj se non per finzione, ed a riguardo de' coeredi del donatario che loro ne deve la collazione; i creditori ereditarj non possono prevalersi di questa finzione, che non è stata fatta per essi.

L' effetto della separazione è che i creditori e legatarj sieno pagati sopra

i beni del defunto; essa non esclude i creditori dell'erede dal diritto di pagarsi sopra ciò, che ne rimarrebbe; *l.* 5, ff. *de separat.*

Contra vice versa, i creditori ereditarj che hanno ottenuto la separazione di beni, e che non hanno potuto esser pagati interamente sopra quelli della successione, potranno essi esser pagati sopra i beni proprj dell'erede dopo che i creditori particolari dell'erede fossero stati pagati? Sembra che questa quistione sia stata combattuta fra i giureconsulti romani. Paolo ed Ulpiano pensavano che i creditori e i legatarj del defunto, ottenendo la separazione de' patrimonj del defunto e dell'erede, si erano ristretti ai beni ereditarj del defunto, e non potevano più pagarsi sopra quelli dell'erede che non avevano voluto riconoscere per loro debitore, *recesserunt a persona haeredis*; *l.* 5, *l.* 1, § 17, ff. *d. tit.* Papiniano inclinava per l'opinione contraria; *l.* 3, § 2, ff. *eod.* ed a questa ultima noi dobbiamo attenerci; perchè la separazione di beni introdotta in loro favore non deve esser ritorta contro di essi; domandandola non hanno avuto intenzione di liberar l'erede dall'obbligazione contratta verso di essi coll'accettazione della eredità, ma solamente di esser preferiti sopra questi beni ai creditori dell'erede.

Ma almeno non debbono esser pagati sopra i beni dell'erede che dopo i creditori dell'erede, quantunque possano dire, ch'essendo pure creditori dell'erede, debbono venire in concorso sopra i beni dell'erede cogli altri creditori: imperciocchè, posto che per essi si separano quelli della successione ne' quali i creditori dell'erede potrebbero domandare di concorrer con essi, perchè sono divenuti beni dell'erede mediante l'accettazione della successione, è giusto che in conseguenza i creditori ereditarj lascino loro i beni dell'erede.

I creditori ereditarj possono bensì domandare la separazione de' beni della successione da quelli dell'erede; ma i creditori dell'erede non possono domandare contro i creditori del defunto che si separino i beni proprj dell'erede. Ulpiano ne adduce una ragione assai decisiva: *nam*, dice egli, *licet alicui, adjiciendo creditorem, creditoris sui facere deteriorem conditionem*; *l.* 1, § 2, ff. *de separat.* Perchè un debitore che accetta una successione onerosa, non potrebbe egli contrarre, in pregiudizio de' suoi creditori, il debito che contrae verso i creditori della successione mediante questa accettazione, nello stesso modo, che egli può contrarre in pregiudizio de' suoi creditori qualunque altro debito per qualsiasi causa? Nondimeno molti pensano che, secondo la nostra giurisprudenza, i proprj creditori dell'erede possano pure domandare la separazione de' beni in favore de' loro crediti, quando il loro debitore abbia accettato una successione onerosa, e dicono che ciò è stato giudicato con una decisione riportata da Gouget nel *Trattato delle Ipoteche*, decisione che Lebrun rivoca in dubbio.

Se un debitore insolvibile accettasse una successione notoriamente cattiva, di modo che sembrasse, che l'abbia fatto in frode de' suoi proprj creditori, io penso che questo sarebbe il caso nel quale i creditori potrebbero domandare la separazione de' suoi proprj beni da quelli della successione, facendo rescinder questa accettazione, e l'obbligazione contratta dal loro debitore in frode de' loro crediti verso i creditori di tale successione; perchè tutto ciò, che un debitore fa in frode de' suoi creditori, può essere rescisso, come possono esserlo le obbligazioni, ch' ei contrae. La legge 3, ff. *quae in fraud.*, è formale: *sive se obligavit fraudandorum creditorum causa, vel quodcumque aliud fuit in fraudem creditorum: palam est edictum locum habere.* Questo è apparentemente il caso della decisione di Gouget. Eccettuato questo caso io non penso che i creditori dell'erede possano domandare la separazione.

CAPITOLO VI.

Delle successioni irregolari.

Si chiama successione irregolare quella che è deferita al re o ai signori di alta giurisdizione in certi casi: si può pure chiamare con questo nome la *cotte-morte*, o il diritto di succedere nel peculio lasciato dai religiosi curati.

Il re solo ha diritto, ad esclusione de' signori di alta giustizia, di succedere ne' beni lasciati dagli stranieri che non sono stati naturalizzati. Questo diritto soffre varie eccezioni, che sono state riportate nel capitolo primo di questo Trattato.

Il re solo succede anche ne' beni de' bastardi francesi che muojono *intestati* e senza eredi, a meno che i signori di alta giurisdizione non sieno nel caso di raccoglierli. Ora, essi non possono succedervi, a meno che non concorrano tre cose: 1.° che il bastardo sia nato nel territorio della loro giurisdizione; 2.° che vi abbia il suo domicilio in tempo della sua morte; 3.° che ivi i suoi beni sieno situati.

Il diritto del re o del signore di alta giurisdizione cessa se il bastardo francese abbia disposto de' suoi beni con un testamento valido o se abbia lasciato degli eredi, per esempio de' figli nati da legittimo matrimonio, o la sua moglie, secondo il titolo *unde vir et uxor*.

I signori di alta giurisdizione hanno pure il diritto di succedere per diritto di caducità agli altri cittadini che muojono senza eredi e senza aver disposto dei loro beni. Tale diritto essendo annesso al loro diritto di giustizia, essi succedono solamente negli immobili che sono situati nel loro territorio e ne' mobili, che vi si trovano. Non è necessario per l' esecuzione del diritto di caducità, che colui della cui successione si tratta sia nato nel territorio del signore e che vi muoja.

Se il defunto abbia lasciato nella sua successione de' beni proprj di una certa linea, e che non si trovi alcun parente della linea, ma che si trovino però degli altri parenti che non sieno della linea, il diritto di caducità non avrà luogo, ed i beni apparterranno al più prossimo capace di succedere: Statuto di Orleans, art. 326, Parigi, 330.

Quando alcuno sia condannato a pena capitale, e la sentenza sia stata messa ad esecuzione, o che il tempo di cinque anni accordati ai condannati in contumacia sia spirato senza che egli siasi presentato, la confisca ha luogo in favore de' signori di alta giustizia riguardo ai beni mobili o immobili che si trovano nella loro giurisdizione: Statuto di Orleans, art. 331, Parigi, 183.

Riguardo ai crediti, essi non possono appartenere, come nel caso della caducità, che al signore nella giurisdizione del quale il condannato aveva il suo domicilio.

Queste sorte di successioni sono chiamate irregolari, poichè coloro che succedono in questa maniera non succedono alla persona, ma solamente nei beni: donde segue ch' essi sono tenuti ai debiti come peso de' beni a fino alla concorrenza del loro valore: ma non sono tenuti, come gli eredi, *ultra vires*, e per conseguenza possono essere liberati abbandonando i beni ai creditori.

È lo stesso della *cotte-morte* o peculio religioso, o che succeda il monistero del quale questo religioso era membro, o che vi succeda la chiesa della parrocchia, della quale il defunto era curato in tempo della sua mor-

te, secondo la giurisprudenza del Parlamento, stabilita dalla decisione dell' 11 marzo 1710 per la successione di un religioso *Prémontré* morto curato di S. Léger, diocesi di Amiens.

Coloro che raccolgono la successione succedono col peso dei debiti, ma non ne sono tenuti che fino alla concorrenza del peculio.

Le decisioni più recenti emanate dal grande consiglio hanno giudicato che la *cotte-morte* dei religiosi morti curati si appartenga ai religiosi, ad esclusione degli abati. Decisioni del 17 novembre 1718, e 27 maggio 1724 riportate da Richer nel suo *Trattato della morte civile*. Decisioni del 7 gennajo 1750 e 30 aprile 1760 riportate da Denisart.

Fine del Trattato delle Successioni.

INDICE
DELLE MATERIE CONTENUTE
NEL TRATTATO
Delle Successioni.

Cap. III.

Sezione Prima.

Sez. II.

Sez. III.

Fine dell' Indice del Trattato delle Successioni.

TRATTATO

DELLE SOSTITUZIONI

ARTICOLO PRELIMINARE

Nei paesi di diritto statutario non vi sono, che due specie di sostituzioni: la sostituzione volgare o diretta, e la sostituzione fidecommissaria.

La pupillare e la esemplare non vi sono ammesse.

La sostituzione volgare, o diretta è quella, per mezzo della quale io faccio legato di qualche cosa a taluno, nel caso che quegli, cui io la ho legata in primo luogo, non raccolga il legato.

Per esempio, se io faccio un legato in questi termini: io instituisco Pietro mio legatario universale, e Paolo nel caso che Pietro manchi, o ricusi; la disposizione fatta a favore di Paolo è una sostituzione volgare o diretta.

La sostituzione fidecommissaria è la disposizione, ch' io faccio di una cosa a favore di alcuno, colla mediazione di una persona interposta, che io ho gravato della restituzione a favore del primo.

Per esempio: io faccio Pietro legatario universale dei miei beni, e voglio che dopo la sua morte egli li restituisca a Paolo. La disposizione, che io faccio dei miei beni a favore di Paolo, è una sostituzione fidecommissaria, perchè Paolo, a favore del quale essa è fatta, non deve succedere nei miei beni direttamente, ma per mezzo di Pietro, persona interposta, che io ho gravata della restituzione.

Si può fare ad un tempo l' una e l' altra sostituzione mediante la parola generale *sostituire*, come quando si dice: *io instituisco Pietro mio legatario universale, e gli sostituisco Paolo.* Queste parole comprendono la sostituzione volgare, e la fidecommissaria, e non solamente Paolo è chiamato nel caso, che Pietro non raccogliesse il legato, ma anche nel caso, che Pietro lo raccogliesse, egli si presume gravato dopo la sua morte della restituzione a favore di Paolo.

Questa forma di sostituire dicesi sostituzione compendiaria.

Nella sostituzione fidecommissaria, come nella volgare, quegli, a favore del quale la sostituzione vien fatta, dicesi sostituito; quegli, che ha l' onere di restituire le cose formanti l' oggetto della sostituzione, chiamasi gravato.

Le sostituzioni tanto volgari, che fidecommissarie, si dividono in semplici, e graduali.

Le semplici sono quelle, le quali non hanno che un grado; tali sono quelle, di cui abbiamo sopra riportato gli esempj.

Le graduali sono quelle contenenti più gradi; come quando dopo avere sostituito Paolo a Pietro, sostituisco Giacomo a Paolo, Cristoforo a Giacomo.

Riguardo ai loro oggetti si possono dividere in sostituzioni universali, e in sostituzioni di cose particolari.

Al presente noi ci siamo proposti di trattare delle sostituzioni fidecommissarie. Noi tratteremo:

1.° Degli atti, coi quali esse possono esser fatte, delle differenti loro nature, secondo i diversi atti che le contengono, e delle loro formalità sì intrinseche, che estrinseche.

2.° Delle parole esprimenti o no le sostituzioni, sia semplici, sia graduali, e quando debbasi o no supporne di tacite.

3.° Della interpetrazione delle sostituzioni, condizioni, clausole, e parole che vi s' incontrano, e della interpetrazione di alcune specie particolari di sostituzioni.

4.° Delle persone che possono fare le sostituzioni, di quelle che possono esservi chiamate, o possono esserne gravate; quando, e fino a qual concorrenza, e delle cose, che ne sono l' oggetto.

5.° Del loro effetto prima dell' apertura.

6.° Delle loro aperture, e delle azioni che ne nascono.

7.° Dei modi, nei quali esse si estinguono.

SEZIONE PRIMA.

Degli atti, coi quali si possono fare le sostituzioni fidecommissarie; delle loro differenti nature secondo i differenti atti, che le contengono, e delle loro formalità sì intrinseche, che estrinseche.

ARTICOLO PRIMO.

Degli atti, coi quali si possono fare le sostituzioni fidecommissarie.

Le sostituzioni fidecommissarie più comunemente si fanno per mezzo di testamento; esse possono farsi anche con atti di donazione fra vivi, lecito essendo al donante di fis re alla sua donazione tal legge, che più gli piace.

Quando ad alcuno io faccio donazione dei miei beni, o di una cosa particolare, posso fargliela sotto la condizione, che all' epoca della sua morte, o al tempo della verificazione di una determinata condizione egli restituirà ad un terzo ciò, che io gli dono. Ora quest' onere da me imposto al donatario di restituire ad un terzo la cosa da me donatagli, è una vera sostituzione fidecommissaria; si possono dunque fare delle sostituzioni fidecommissarie per mezzo delle donazioni fra vivi; non è neppur necessario l' intervento del sostituito a quest' oggetto nell' atto di donazione, nè ch' egli stipuli dal donatario la restituzione delle cose all' epoca della verificazione della condizione. Questa sostituzione può farsi anche senza che il sostituito ne abbia cognizione, ed anche quantunque il sostituito non sia per anche nato, nè concepito. Ciò sembra contrario ai principj del diritto, secondo i quali non può dalle convenzioni nascere diritto alcuno, che a favore delle parti contraenti, non già a favore di un terzo, veruno potendo stipulare in favore di un terzo, *nemo alteri stipulari potest*: parimenti per l' antico diritto romano, quando una donazione era stata fatta coll' onere di restituire la cosa donata ad un terzo, o di donare ad un terzo una qualche cosa, e il donatario non adempisse alla legge statagli imposta, non eravi che il donante, il quale avesse azione contro di lui, per rivocare la sua donazione, mancando quegli di soddisfare alla legge statagli imposta; ed il terzo, a favore di cui era stata essa imposta, nessuna azione aveva per domandare l' adempimento in proprio vantaggio. Contuttociò in appresso questo rigore è stato mitigato, ed in tale caso gl' imperatori accordarono a questo terzo una azione, siccome rileviamo dalla legge 3. *Cod. de donat.*

quae sub mod. Questa giurisprudenza stabilita dagl' imperatori è passata nel nostro diritto, ed è costante; si può anche conciliarla benissimo coi principii di diritto; perchè secondo questi le obbligazioni nascono non solamente dai contratti, ma anche dai quasi-contratti, che la legge e la equità naturale possono formare; e può dirsi che la legge della equità naturale, la quale non permette, che un donatario ritenga le cose donate contro la legge, sotto della quale gli è stata fatta la donazione, coll'accettazione che il donatario fa della donazione coll' onere di restituire ad un terzo le cose donate, forma un quasi contratto fra esso, e questo terzo, che l'obbliga verso di questo alla restituzione.

Se l'accettazione di una eredità, secondo i principii di diritto, forma un quasi contratto fra l' erede e i legatarii, che l'obbliga verso di questi, coi quali egli non ha stipulato convenzione alcuna, alla prestazione dei legati, perchè l' accettazione di una donazione fatta coll' onere di restituire ad un terzo, non potrebbe essa formare un somigliante quasi contratto fra il donatario, e questo terzo?

ARTICOLO II.

Della differente natura delle sostituzioni, secondo i diversi atti che le contengono.

La natura delle sostituzioni segue la natura dell'atto, che le contiene. La sostituzione espressa in un testamento è una disposizione testamentaria, ed ha la natura di una disposizione testamentaria; quella contenuta in una donazione fra vivi segue la natura delle donazioni fra vivi.

Donde conseguita: 1°. essere esse soggette alle formalità dei testamenti, come vedremo nell'articolo seguente; 2°. potere esser fatte da tutti quelli, i quali possono testare, non già da altri; 3°. potere esser fatte a vantaggio di quelli, cui si può legare per testamento, e non già ad altri; 4°. non potersi fare le sostituzioni, che fino a concorrenza di ciò, di cui si può disporre per testamento, e per conseguenza andare esse soggette alle riserve statutarie; 5°. finalmente essere esse rivocabili fino alla morte del testatore, come lo sono tutte le disposizioni testamentarie.

Al contrario, le sostituzioni contenute in atti di donazione fra vivi non sono soggette alle formalità dei testamenti. Possono essere fatte da persone incapaci di testare, purchè sieno capaci di fare donazioni fra vivi. Possono esser fatte a persone incapaci di ricevere per testamento, purchè sieno capaci di ricevere per atto di donazione fra vivi. Si possono fare egualmente fino a concorrenza di tutto ciò, di cui si può disporre fra vivi. Esse non vanno soggette alle riserve statutarie, come le disposizioni testamentarie. Finalmente compito l' atto di donazione nulla può più il donante cambiarvi di sola sua volontà.

Avanti la nuova Ordinanza del mese d'Agosto 1747 registrata in Parlamento il 27 marzo 1748, era quistione, se potesse il donante per mezzo di una convenzione col donatario liberarlo totalmente, o parzialmente dalla sostituzione, senza il consenso del sostituito, quando questi non era stato parte nell' atto di donazione, e non aveva accettata la sostituzione fatta a suo vantaggio con quest'atto. Sembrava allora si dovesse decidere per l'affermativa: *Nihil tam naturale est quæque eo modo dissolvi quo colligata sunt.* Il donatario non essendo gravato della sostituzione, che dal concorso della volontà del donante, il quale ha fatto la donazione con quest'onere, e della sua, avendola accettata con questa condizione, sembrava doverne essere liberato dal concorso delle loro volontà contrarie: la sostituzione essendo stata fatta senza l'intervento del sostituito, pareva che potesse venire annullata senza di esso in un tempo, nel quale non poteva aver egli acquistato verun diritto sopra di essa, non essendo per anche aperta. Contuttociò l' Ordinanza ha deciso il contrario: essa dichiara, art. 11, « che le sostituzioni fatte in forza di un contratto di matrimonio, o di una donazione fra vivi bene e debitamente accettata, non potranno essere rivocate, nè le loro clausole

cambiate, aumentate, o diminuite con alcuna convenzione o disposizione posteriore, anche col consenso del donatario ».

La ragione, la quale ha spinto il legislatore a decidere in questo modo, e che al tempo stesso serve di risposta a quelle sopra riferite per la opinione contraria, si è che non la convenzione, la quale interviene fra il donante e il donatario, obbliga propriamente, e di per se stessa il donatario verso del sostituito all'adempimento della sostituzione, lo che sarebbe contrario ai principii: *Nemo alteri stipulari potest, per extraneam personam adquiri non potest*; ma il quasi contratto, che la legge forma fra il donatario e il sostituito, produce la obbligazione alla quale è tenuto il donatario verso di quest'ultimo. La convenzione fra il donante e il donatario non può dunque distruggere questa obbligazione; giacchè non è stata prodotta da quella intervenuta fra di essi; l'obbligazione del donatario essendo contratta non verso il donante, ma verso del sostituito, quantunque questi non abbia per anche un diritto quesito, la condizione, sotto di cui è stata contratta, non essendosi ancora verificata, non può essere distrutta che dalla volontà del sostituito e non già da quella del donante, non essendo egli l'individuo, a favore del quale fu l'obbligazione contratta.

Abbiamo veduto, che le sostituzioni contenute in un testamento hanno la natura di disposizioni testamentarie, e che quelle contenute in una donazione fra vivi hanno la natura di atti fra vivi, resta a decidere quale sia la natura di una sostituzione espressa in un atto, che non contenesse verun' altra disposizione. Bisogna decidere, che questa sostituzione è una disposizione testamentaria; perchè secondo il principio stabilito dall' Ordinanza del 1631, che due soli sono i modi, che noi abbiamo, di disporre dei nostri beni a titolo gratuito, la donazione fra vivi e la disposizione testamentaria, una tale sostituzione non può essere che l'una o l' altra; essa non è donazione fra vivi; perchè bisognerebbe per questo, che vi fosse stato un primo donatario fra vivi, che avesse accettata la donazione, ed a cui fosse stata lasciata la cosa donata coll' onere della sostituzione, non potendo esservi senza di ciò donazione fra vivi; rimane dunque che questa sostituzione, la quale non è apposta ad una donazione fra vivi, sia una disposizione testamentaria, ed essa deve per conseguenza averne la natura.

ARTICOLO III.

Delle formalità intrinseche delle sostituzioni.

Le sostituzioni sono soggette alle formalità degli atti, che le contengono; quelle espresse in un testamento vanno soggette alle formalità dei testamenti. Mancandone alcuna, nulla può essere valido di ciò che è contenuto nel testamento, e perciò non lo sono neppure le sostituzioni, che esso contiene.

Se la sostituzione è fatta con un atto di donazione fra vivi, essa soggiace alle formalità delle donazioni fra vivi; se ne manca alcuna, tanto la donazione, che la sostituzione, la quale vi è apposta, e ne fa parte, sono nulle.

D'altronde basta che le formalità delle donazioni si compiano nella persona del primo donatario, onde rendere valida tanto la donazione, che la sostituzione, la quale ne fa parte, e ne è un onere. Per esempio, basta che la donazione contenga una espressa accettazione per parte del primo donatario, quantunque non siavene stata alcuna per parte dei sostituiti, i quali non sono parte neppure nell'atto di donazione. L' Ordinanza del 1731 dice espressamente, che in tal caso la sostituzione sarà valida coll' accettazione del primo donatario.

Basta parimenti, che il donante siasi spogliato del possesso a favore del primo donatario, affinchè con questo mezzo convalidando la donazione, valida divenga pure la sostituzione, che ne fa parte.

Quando la sostituzione è contenuta in un atto senz'altra disposizione, siccome in tal caso essa è della na-

tura delle disposizioni testamentarie, secondochè abbiamo veduto nell' articolo precedente, ne conseguita essere essa soggetta alle formalità dei testamenti, nè poter essere valida, se l'atto che la contiene non ne è rivestito; laonde non devesi seguire un giudicato del 18 gennajo 1678 riportato nel Giornale di Palazzo, il quale aveva deciso, che una sostituzione poteva esser valida con una semplice dichiarazione innanzi notaro, non rivestita delle formalità dei testamenti.

Vi sono delle formalità particolari introdotte dall'Ordinanza del 1747 per certe specie particolari di sostituzioni. Essa vuole *art.* 5, che le sostituzioni particolari di danari contanti, mobili, diritti, ed effetti mobiliari contengano una menzione espressa, che sarà fatto impiego dei detti danari, o di quelli che provenissero dalla vendita, o dal ricupero di detti mobili, diritti, o effetti mobiliari, sotto pena di nullità della sostituzione.

Questa decisione soffre eccezione rispetto ai bestiami, ed utensili, i quali servono alla coltivazione delle terre, e rispetto ai mobili che guarniscono il fondo, servono all'uso, o all'adornamento delle case, o castelli, le quali cose possono essere comprese nelle sostituzioni di terre, o case, alla coltivazione delle quali essi servono, senza obbligare il gravato di sostituzione a farne la vendita; *art.* 6 e 7.

L'Ordinanza vuole, in secondo luogo, per la validità delle sostituzioni dei mobili, o effetti mobiliari apposte alle donazioni fra vivi, che sia fatto uno stato dei detti mobili, od effetti mobiliari, contenente le loro stime, che sia firmato dalle parti, ed annesso alla minuta della donazione, sotto pena di nullità della sostituzione; *art.* 9.

ARTICOLO IV.

Delle formalità estrinseche delle sostituzioni.

§ 1. *Della insinuazione e della pubblicazione delle sostituzioni.*

La insinuazione è la trascrizione dell'atto contenente la sostituzione in un registro pubblico.

La pubblicazione è la lettura, che ne deve esser fatta durante l'udienza.

Queste formalità della insinuazione e della pubblicazione sono state richieste dall'Ordinanza di Moulins e quelle susseguenti, per impedire che le persone, le quali contrattassero con quelli i di cui beni sono gravati di sostituzione, non fossero ingannate, credendo contrattare con persone, i beni delle quali sieno liberi.

Queste formalità della insinuazione e della pubblicazione sono formalità estrinseche alle sostituzioni; esse non fanno parte dell'atto che le contiene. Senza di tali formalità quest'atto ha tutto ciò che è richiesto per la sua perfezione; esse non vi aggiungono che la pubblicità.

§ 2. *Quali sostituzioni sono soggette alle formalità della insinuazione, e della pubblicazione.*

L' Ordinanza di Moulins dice: « Ordiniamo che tutte le disposizioni fra « vivi, o di ultima volontà, contenenti « sostituzione, saranno ec. ».

L'Ordinanza del 1747, *art.* 11 e 18, si spiega più esattamente, ristringendo la disposizione alle sostituzioni fidecommissarie. Essa dice: « Tutte le « sostituzioni fidecommissarie fatte « sia con atto fra vivi, sia con dispo- « sizioni a cagione di morte, saranno « pubblicate, ec. ».

Del resto anche prima, che l'Ordinanza del 1747 se ne fosse spiegata, era evidente, che quella di Moulins, quantunque concepita in termini generali, non poteva riguardare, che le sostituzioni fidecommissarie, non già le dirette o volgari, rispetto alle quali non può la insinuazione essere di utile alcuno.

I legati fatti sotto una condizione, la quale non può verificarsi, che dopo un lunghissimo tempo, rassomigliano molto alle sostituzioni fidecommissarie; e vi è la stessa ragione per sottoporle alla formalità della insinuazione e pubblicazione.

Quantunque le donazioni fatte dal re non vadano sottoposte ad insinuazione, siccome abbiamo veduto nel *Trattato delle Donazioni*, contuttociò vi è luogo a credere, che la sostitu-

zione apposta ad una donazione fatta dal re vi debba essere assoggettata. La ragione della differenza si è, che la insinuazione delle donazioni è richiesta, affinchè si sappia avere il donante fatto donazione del suo, onde i suoi eredi, o quelli i quali contrattassero con lui, non vengano tratti in errore; lo che non è da temersi, quando dona il re, esso non avendo eredi, ed essendo sempre solvibile, mentre che l' insinuazione delle sostituzioni è richiesta, non perchè si sappia la donazione fatta dal donante autore della sostituzione, ma perchè si sappia essere il donatario gravato di sostituzione, ed i beni, dei quali si scorge in possesso, non esser liberi. Ora a questo riguardo è indifferente sapere da chi gli sieno stati donati.

Le sostituzioni apposte a donazioni d' immobili situati in Francia da stranieri, o fatte a stranieri, vanno soggette alla legge della insinuazione; perchè questa legge, la quale determina ciò, che si deve osservare per disporre delle cose sotto un dato titolo, ha per oggetto le cose, e perciò è una legge reale; ora è della natura delle leggi reali di esercitare l'impero loro sopra i beni situati nei loro territorii, senza riguardo alla persona.

§ 3. *Dove devono farsi la insinuazione e la pubblicazione delle sostituzioni?*

Secondo l'Ordinanza di Moulins la pubblicazione, e la insinuazione delle sostituzioni dovevano esser fatte nella cancelleria della corte reale la più prossima alla dimora dell'autore della sostituzione. La dichiarazione resa su questa Ordinanza esige, che queste pubblicazioni, ed insinuazioni si facciano pure nella cancelleria della corte reale la più prossima al luogo, ove sono situate le cose comprese nella sostituzione. Queste parole, della corte reale, usate dalla Ordinanza, e dalla dichiarazione, comprendono le prepositure reali, egualmente che i baliaggi reali, e l'insinuazione può farvisi come nei baliaggi.

Ma per l'art. 18. del tit. 11. della Ordinanza, la pubblicazione e la insinuazione devono farsi nei baliaggi, o siniscalchie reali, tanto del luogo della dimora dell'autore della sostituzione, che del luogo ove sono situate le cose.

Quand' anche la sostituzione fosse anteriore all'Ordinanza, se la pubblicazione e la insinuazione non sono state per anche fatte, dopo della Ordinanza esse non possono più farsi, che nelle dette corti; *art.* 21.

Se l'autore della sostituzione dimorasse nella estensione della giurisdizione d'una paria (*pairie*), o che i beni vi fossero situati, non sarebbe in essa, che dovrebbero esser fatte la pubblicazione e la insinuazione, ma nel baliaggio reale, che ha la cognizione dei casi reali nella estensione della medesima.

L' Ordinanza del 1747 non dice, come quella di Moulins, che la insinuazione e la pubblicazione si faranno nel tribunale più prossimo; essa dice che si faranno nei baliaggi reali, nella giurisdizione dei quali è la dimora dell'autore della sostituzione, e dove sono situate le cose in essa comprese.

Quando la sostituzione è testamentaria, la pubblicazione e la insinuazione debbono farsi nel baliaggio reale, ove all'epoca della sua morte era domiciliato l'autore della medesima. Se la sostituzione è contenuta in una donazione fra vivi, allora è nel baliaggio reale del luogo, dove aveva il suo domicilio all' epoca dell'atto. La ragione della differenza si è, che i testamenti non ricevono la perfezione loro, che al momento della morte del testatore, e che gli atti fra vivi la ricevono appena sono stipulati.

Quando vi sono differenti cose comprese in una sostituzione, situate in differenti baliaggi reali, la pubblicazione e la insinuazione debbono farsi nei baliaggi reali, ove sono alcune delle cose comprese nella sostituzione; altrimenti essa sarà nulla, non intieramente, ma a ragione delle cose situate nel baliaggio, dove si sarà tralasciato di fare la pubblicazione e la insinuazione; ed in ciò l' omissione del luogo della situazione differisce da quella del domicilio, che trae seco

la nullità per tutto ciò, che è compreso nella sostituzione.

Quando da una terra feudale dipendono dei fondi situati in differenti baliaggi, vi è luogo a credere, che basti di fare la pubblicazione e la insinuazione nel baliaggio del luogo, ove è il castello principale, questo essendo il rappresentante di tutta la terra; che se fosse una terra a censo, bisognerebbe fare tutto questo in ciascheduno dei baliaggi reali, ove sarebbero situati dei fondi dipendenti da questa terra. Questa distinzione si deduce, per argomento, dall' editto degli incanti, che l'ha fatto rispetto a questi.

Quando la sostituzione comprende dei diritti reali, come quelli di canone in derrata, di rendita reale su qualche fondo, le pubblicazioni ed insinuazioni debbono farsi nel baliaggio del luogo, dove è situato il fondo, sul quale sono da prendersi questi diritti, perchè questi in certo modo essendo il fondo stesso considerato come appartenente sotto certi rispetti a quelli, cui appartengono queste specie di diritti, essi si presumono avere la situazione stessa del fondo; *art.* 19.

Le cariche si presumono avere situazione nel luogo, dove se ne fa l'esercizio; laonde le pubblicazioni e le insinuazioni per ragione di esse devono farsi nel baliaggio; *art.* 22.

Le rendite sulla città di Parigi, sul clero, sopra i paesi degli stati, ed altri, pei quali vi è un banco pubblico in un dato luogo, si presumono avere una situazione in questo luogo; laonde le insinuazioni e le pubblicazioni delle sostituzioni, per ragione di queste rendite che vi si trovano comprese, devono farsi nel baliaggio reale di questo luogo.

Riguardo alle rendite costituite sopra dei privati, esse non hanno situazione alcuna, quand'anche avessero un assegnamento, o una ipoteca speciale su qualche fondo; laonde a motivo di queste rendite non vi è bisogno di altra insinuazione, che nel luogo della dimora dell' autore della sostituzione.

Riguardo alle sostituzioni di effetti mobiliari, di cui deve esser fatto impiego, se l'impiego ne è stato fatto in fondi, o in qualche rendita di quelle, che sono presunte avere una situazione, esse devono essere pubblicate ed insinuate, egualmente che l'atto d'impiego, nel baliaggio reale del luogo della situazione dei detti fondi, o rendite; e se esse vi fossero state già portate, perchè sarebbe il luogo del domicilio dell' autore della sostituzione, bisognerebbe pubblicarvi l' atto d'impiego; *art.* 23.

§ 4. *Come si fanno la pubblicazione e la insinuazione delle sostituzioni.*

La pubblicazione delle sostituzioni si fa in un giorno d' udienza, colla lettura che il cancelliere del tribunale fa ad alta, ed intelligibile voce, durante l'udienza, dell'atto contenente la sostituzione.

Dopo questa pubblicazione il cancelliere deve trascrivere per intiero in un registro pubblico destinato per le insinuazioni, l'atto contenente la sostituzione, il qual registro deve essere comunicato a tutti quelli, che desiderassero di vederlo.

Queste pubblicazioni ed insinuazioni si fanno sopra una spedizione dell'atto, che a quest'effetto si comunica al cancelliere, senzachè sia necessario di produrre la minuta; *art.* 11, e 24.

§ 5. *In qual tempo devono farsi la pubblicazione, e la insinuazione delle sostituzioni.*

La pubblicazione e la insinuazione delle sostituzioni devono farsi entro i sei mesi, a datare dal giorno della morte dell'autore della sostituzione, quando essa è testamentaria; che se è una donazione compresa in una donazione fra vivi, i sei mesi decorrono dal giorno della data dell' atto; *articolo* 27.

Rispetto alla pubblicazione ed insinuazione che devono esser fatte dell'atto d' impiego degli effetti mobili contenuti in una sostituzione, il tempo di sei mesi per farle decorre dal giorno di quest'atto d'impiego; *art.* 30.

Le pubblicazioni ed insinuazioni che si fanno in questo tempo prescritto hanno un effetto retroattivo al giorno della morte dell'autore della so-

stituzione testamentaria, o al giorno della donazione, che la contiene; e quest'effetto retroattivo rende valide le sostituzioni anche contro di quelli che avessero acquistato dal gravato i beni sostituiti nel tempo intermedio; *art.* 28.

Che se la pubblicazione o la insinuazione vengono fatte dopo di questo tempo, non sono fatte inutilmente; ma non rendono valida la sostituzione, che contro di quelli, i quali in appresso acquistassero dal gravato i beni sostituiti, o contrattassero con lui, e non contro di quelli che avessero acquistato per lo avanti i detti beni, o avessero qualche ipoteca sopra i medesimi; *art* 29.

§ 6. *Da quali persone può essere opposta la mancanza di pubblicazione, e d' insinuazione?*

La pubblicazione e la insinuazione delle sostituzioni essendo richieste, affinchè quelli che potrebbero contrattare col gravato, non fossero indotti in errore, atteso il non averne avuto cognizione, ne conseguita potere il difetto di pubblicazione, e d'insinuazione essere opposto dagli acquirenti a titolo oneroso dei beni sostituiti, che ne avessero fatto acquisto dalla persona gravata di sostituzione; laonde se dopo l' apertura della sostituzione il sostituito li rivendica a danno loro, essi colla eccezione di questa mancanza escluderanno la domanda rivendicatoria del sostituito.

Questa mancanza può pure essere opposta dai creditori ipotecarii del gravato; perciò se essi dopo l'apertura della sostituzione promuovono una azione ipotecaria contro del sostituito, che troveranno al possesso dei beni nella sostituzione compresi, che per lo avanti appartenevano al gravato, loro debitore, e il sostituito a una tale domanda oppone l'eccezione della sostituzione e pretende avere l'apertura di lei estinto la loro ipoteca sopra i beni sostituiti, al modo stesso, che ha estinto il diritto del gravato, loro debitore; questi creditori opponendo la mancanza di pubblicazione e d'insinuazione della sostituzione, faranno cadere, e distruggeranno questa eccezione del sostituito.

I terzi acquirenti, e i creditori ipotecarii possono opporre la mancanza d' insinuazione, quand' anche venisse provato avere avuto essi cognizione della sostituzione nel tempo, in cui hanno contrattato col gravato; l' Ordinanza lo decide, *art.* 33.

Si sarebbe potuto dubitarne; perchè tali formalità non essendo state stabilite, che per impedire a coloro, i quali contrattassero col gravato, di essere indotti in errore, avrebbe potuto sembrare, che coloro i quali per la cognizione che avevano della sostituzione, non hanno potuto essere indotti in errore, non possono lagnarsi, nè opporre il difetto d' insinuazione. Le ragioni per decidere al contrario sono, che le formalità non si suppliscono; che la legge avendo voluto si desse conoscenza della sostituzione, col mezzo della insinuazione, a tutti coloro, che potrebbero contrattare col gravato, ogni altra conoscenza, che essi hanno potuto averne in qualunque altro modo, non deve essere considerata. Il legislatore ha emanata una legge generale, cui bisogna soddisfare.

Se la legge avesse lasciata la libertà d'entrare nella discussione del fatto, se colui che ha contrattato col gravato ha avuto, o no, cognizione della sostituzione, questa discussione avrebbe potuto dar luogo a questioni, che spettava alla sapienza del legislatore di evitare, le leggi essendo stabilite non solamente per mettervi termine, ma per impedir loro di nascere.

Gli eredi del gravato, i suoi legatarj universali non possono opporre il difetto d' insinuazione, perchè essi succedono in tutte le obbligazioni del gravato stesso, e per conseguenza in quella da esso contratta di restituire i beni compresi nella sostituzione al sostituito all' epoca della apertura di essa.

Se il terzo acquirente diventa erede del gravato, questa qualità, che lo obbliga personalmente alla restituzione dei beni compresi nella sostituzione, lo impedisce dal poter opporre la mancanza d' insinuazione, che nella sua qualità di acquirente avrebbe potuto opporre.

Ma quantunque questo primo terzo acquirente, il quale ha acquistato prima della insinuazione, non possa op-

porre di per sè questo difetto, a motivo della sua qualità di erede gravato, contuttociò, se egli ha rivenduto, il secondo acquirente può opporlo per il lato del primo, perchè questi avendo acquistato un diritto di proprietà sui beni sostituiti, il quale pel difetto d' insinuazione era un diritto irrevocabile, il secondo, cui egli ha trasferito il suo diritto, ha pure acquistato un diritto di proprietà irrevocabile.

Non solamente i successori universali del gravato non possono opporre il difetto d' insinuazione, l' Ordinanza, *art.* 34, vuole, che non possa essere opposto dai donatarj, e legatarj particolari dei beni sostituiti.

La ragione è, che queste formalità essendo state stabilite, affinchè quelli che contrattassero col gravato non possano essere indotti in errore, non è che in favore di quelli, i quali contrattassero a titolo oneroso, che esse sono stabilite, e non già in favore dei donatarj, e legatarj, cui l' acquisto fatto dei beni sostituiti non può mai recare nocumento, giacchè nulla è ad essi costato il fattone acquisto.

§ 7. *Contro chi può essere opposto il difetto di insinuazione e pubblicazione?*

L' Ordinanza, *art.* 32, decide potere questo difetto essere opposto contro dei sostituiti, qualunque si sieno, anche contro i minori, i pupilli, gli interdetti, anche contro la chiesa, o gli spedali; anche nei casi, nei quali i loro tutori, curatori, o amministratori, contro di cui hanno regresso fossero insolvibili, e per conseguenza nel caso pure, che i minori non avessero avuto tutori. La ragione si è, che quantunque i minori d' ordinario godano della restituzione, *etiam in his quae praetermiserunt*, contuttociò non possono esserlo contro la mancanza di queste formalità, perchè la ragione d' un interesse pubblico, per la sicurezza del commercio che le ha fatte stabilire, la vince sul favore particolare di queste persone.

SEZIONE II.

Delle parole esprimenti o no le sostituzioni; quando se ne deve supporre di tacite? Delle parole esprimenti o no, che una sostituzione è graduale; e quando devesi supporre qualche grado, che non è espresso?

Articolo Primo.

Delle parole che esprimono o no le sostituzioni.

Non importa di quali parole siasi servito un testatore, per fare una sostituzione, purchè abbia sufficientemente manifestata la volontà, che egli ha avuta di farla.

Quantunque la parola fidecommesso sembri significare, che le parole, le quali lo contengono, debbano indirizzarsi al gravato, *fidei tuae committo*, contuttociò si possono fare validamente dei fidecommessi, o sostituzioni fidecommissarie con parole, che invece di indirizzarsi al gravato si indirizzino o al sostituito, o ad un terzo, o sieno impersonali.

Per esempio, se alcuno, dopo di aver fatto Pietro suo legatario universale, si è espresso così: *Giacomo, voi vi contenterete di raccogliere i miei beni, dopo la morte di Pietro*; o così; *Mio fratello, vostro figlio Giacomo avrà i miei beni, dopo la morte di Pietro*, o se egli ha detto impersonalmente: *I miei beni, dopo la morte di Pietro, apparterranno a Giacomo*. In tutti questi casi Pietro è egualmente gravato della sostituzione a prò di Giacomo, come se il testatore avesse detto: *Pietro, io vi gravo di restituire a Giacomo, dopo la mia morte, i beni che io vi lascio*.

Nulla monta che il testatore siasi servito di parole imperative, come di queste: *Io ordino, che dopo la sua morte il mio erede restituirà a Giacomo. Io gravo il mio erede della restituzione* ec.; o di parole che sembrino esprimere una preghiera, come queste: *Io prego il mio erede di restituire, io desidero che il mio erede restituisca* ec. Queste parole non

obbligano meno Pietro alla restituzione dei beni del testatore, che le prime; esse contengono come le prime, un ordine, ma in un modo più semplice: *Desidero ut des, fidecommissum valet*; *l.* 118, *ff. de legat.* 1.° *Cupio des, opto des . . . . fideicommissum est*, *l.* 115. *ff eod.*

Vi è una sentenza del 25 febbrajo 1715 nel sesto volume del Giornale, che secondo questi principj ha confermato una sostituzione fatta colla parola: *Io prego*, ec.

Le parole non esprimenti che una semplice speranza, che l' erede restituirà, possono secondo le circostanze passare per una sostituzione che obblighi l' erede, massime quando gli sono indirizzate: *Vide l.* 6. *in fine, ff leg.* 1.° Ciò si presume meno, quando sono dirette alla persona, cui il testatore spera, che si restituirà; l. 68, § 1, *ff. de legat.* 3.

Le parole non esprimenti che una raccomandazione vaga non contengono sostituzione: *Si ita quis scripserit, illum tibi commendo: D. Pius rescripsit fideicommissum non deberi*; *l.* 11, § 2, *ff. de legat.* 3.

Le parole che si aggiungono ad una donazione, o ad un legato, perchè sia proprio ad esso, e a quelli del suo lato e linea, non esprimono e non contengono sostituzione, di cui il donatario o legatario sia gravato verso della sua famiglia; esse non hanno altro effetto, che d' impedire, che le cose donate o legate con questa clausola non entrino nella comunione di beni, in cui il donatario o il legatario fosse con sua moglie; se questa clausola è contenuta in un contratto di matrimonio, essa ha ancora l' effetto di fare della prelevazione del mobiliare donato con tale clausola, un proprio fittizio nella persona e nella successione dei figli del donatario, che è affetto alla linea di questo, come l' abbiamo spiegato nel *Titolo della divisione dei beni.*

Quando si dona e si lega una qualche cosa a taluno, e a' suoi eredi, queste parole *e a' suoi eredi* non esprimono alcuna sostituzione: esse sono di puro stile, nè hanno effetto alcuno. Esse non significano altro, se non che si dona un diritto perpetuo di proprietà, che il donatario o il legatario trasmetterà nella sua eredità.

Ciò è senza difficoltà, quando si dice in termini generali, *e a' suoi eredi*; ma se si è spiegato a quali eredi, e si è invertito l' ordine delle successioni, questa clausola non può spiegarsi altrimenti, che supponendo contenere essa una sostituzione, di cui il donatario è gravato verso di essi.

Così è stato giudicato nell' affare di Vendome. Il re avendo donato al signore di Vendome col suo contratto di matrimonio 500,000 lire con queste parole: *ad esso, e a' suoi discendenti, sempre preferendo i maschi e i primogeniti*, fu giudicato che queste parole contenevano una sostituzione.

Se un legato è fatto ad alcuno, ed ai suoi figli, questi si debbono piuttosto presumere collegatarj, che sostituiti, a meno che qualche circostanza non faccia presumere il contrario.

Se fosse detto: ed a' suoi figli dopo la sua morte, ciò esprimerebbe una sostituzione, colla quale i figli sarebbero sostituiti al padre dopo la sua morte, quando è detto: *Io faccio legato de' miei beni a Pietro, in mancanza di figli*; perchè queste parole *in mancanza di figli* non esprimono una sostituzione fidecommissaria, di cui i miei figli sieno gravati verso di Pietro, quando essi verranno a mancare, vale a dire a morire senza prole; ma esprimono soltanto una condizione apposta al legato fatto a Pietro, nel caso che il testatore non lasci figli, e lasciandone, questo legato resta nullo, *conditione legati deficiente*; non è così, se dicasi: i miei figli venendo a mancare. Queste parole *habent tractum temporis*, esprimono una sostituzione fidecommissaria, di cui il testatore grava i suoi figli a favore di Pietro, allorquando verrà a mancare la sua posterità.

ARTICOLO II.

Quando devesi supporre una sostituzione, o un fidecommesso tacito?

Siccome è la volontà che forma la sostituzione fidecommissaria, quantunque essa non sia espressa, basta che si possa dal contenuto del testamento dedurre la conseguenza, che il testatore ha avuto realmente vo-

lontà di farla, onde sia la sostituzione così valida, come se fosse stata espressa.

Bisogna che tali conseguenze si deducano necessariamente da ciò, che è contenuto nel testamento, dimodochè non si possa spiegarlo in un modo conveniente, senza supporre questa volontà nel testatore.

Il comune esempio di sostituzione è quello risultante dalla proibizione, che il testatore abbia fatta al suo erede, o legatario, di fare testamento, o di alienare i beni, che gli lasciava. Quando egli ha espresso in favore di chi faceva questa proibizione, quantunque non abbia espressa sostituzione alcuna a danno del suo erede o legatario verso di questa persona, contuttociò se ne suppone una tacita a favore di questa, in caso di contravvenzione alla sua volontà, ed essa si deduce per conseguenza dalla proibizione, che egli ha fatta in favore di questa persona; non potendo egli avere avuto altro verisimile scopo, che questa sostituzione, in caso di contravvenzione. Nella ultima sezione di questo Trattato noi parleremo di questa specie di sostituzione tacita.

Le disposizioni sia fra vivi, sia testamentarie, fatte ai figli nati e da nascere da taluno, comprendono pure una sostituzione tacita, colla quale i figli nati sono gravati di restituire ad ognuno dei figli nascituri la sua porzione virile delle cose donate, o legate. Ciò è deciso dalla Ordinanza del 1731, art. 11, ed è conforme al nostro principio; perchè il donante avendo voluto disporre a pro' dei detti figli nascituri, poichè gli ha compresi nella sua disposizione, e non avendo potuto farlo con una disposizione diretta, di cui questi figli non potevano essere capaci, perchè non esistevano ancora, è necessario supporre in lui una volontà di fare in favore loro la sostituzione spiegata qui sopra.

ARTICOLO III.

Delle parole che esprimono o no, se una sostituzione è graduale, e quando si deve supporre un grado di sostituzione, che non è espresso?

Non devesi supporre che una sostituzione sia graduale, se non quando vi sono delle parole, le quali esprimano ciò, o quando si possa concludere dal contenuto del testamento, che il testatore ha voluto fare un altro grado di sostituzione, oltre quello espresso in quelle che sono fatte a vantaggio di una famiglia, e d' una discendenza. Le parole *per sempre, in perpetuo*, esprimono che la sostituzione è graduale, e che il testatore ha voluto, che vi sieno altrettanti gradi, quanti ve ne possano essere, come quando si dica: *Io faccio un tale mio legatario universale, e gli sostituisco la mia famiglia per sempre*, o anche *in perpetuo*.

Parimenti riguardo alle sostituzioni risultanti dal divieto di alienare fuori della famiglia, se a questo divieto il testatore ha aggiunto le parole seguenti: *Affinchè il fondo non esca dalla famiglia*; oppure *affinchè sia sempre conservato nella famiglia*; queste parole esprimono una sostituzione graduale e perpetua, di cui quelli che raccoglieranno la sostituzione, nel caso di alienazione fuori della famiglià, fatta dall' erede o legatario cui è stato fatto il divieto, sarebbero gravati essi pure verso della famiglia, nel caso che procedessero alla alienazione, a malgrado del divieto del testatore. È il caso della legge 69 § 3, ff. *de legat. et fideicommiss.* 2°. *Fratre haerede instituto petit, ne domus alienaretur, sed ut in familia relinqueretur* . . . . .

Egli è deciso, che il fidecommesso graduale, tranne i casi, nei quali il testatore avesse impiegato queste parole, o altre simili esprimenti una sostituzione graduale, una sostituzione fatta ad una famiglia collettivamente, sia che essa sia fatta in termini formali, sia che risulti da un divieto di alienare fuori della famiglia, non deve passare per una sostituzione graduale, ma per una sostituzione semplice, la quale rimane consumata, quando una volta sia stata raccolta da quelli della famiglia, che all' epoca dell' apertura si sono trovati più prossimi. È la opinione di Ricard, la quale, sebbene contraria all' opinione comune degli antichi dottori, mi sembra la meglio fondata. Essa è conforme ai veri principj di questa materia, i quali, come

abbiamo detto di sopra, sono che non si debbono supporre più gradi in una sostituzione, quando il testatore non gli ha espressi, a meno che non si possa il testamento spiegare in altro modo plausibile; ora non apparisce necessità alcuna di supporre più gradi in un fidecommesso fatto ad una famiglia, per questo solo, che è fatto ad una famiglia in termini collettivi. Per l' opinione contraria si dice, che la sostituzione essendo fatta a tutta la famiglia, essa non ha avuto l' intiera sua esecuzione, quando è raccolta in primo grado da quelli, che si trovano i più prossimi della famiglia, e che essa non può averla, se non se perpetuando la sostituzione di grado in grado, fintantochè non rimanga più persona della famiglia. La risposta è, che se tutta la famiglia è chiamata, è con subordinazione fra quelli che la compongono, e in modo tale che quelli di grado ulteriore non sieno chiamati, che in mancanza di quelli che li precedono all' epoca dell' apertura della sostituzione. Questa interpetrazione è molto plausibile; non vi è dunque necessità alcuna di supporre un fidecommesso graduale. Ricard autorizza la sua opinione con un giudicato riportato da Peleus.

La legge 87 ff. *de legat.* 2, contiene un caso, nel quale, secondo i nostri principj, si deve supporre un primo grado di sostituzione tacita: un fondo era stato legato a due legatarj, e il superstite era stato onerato di restituirlo ad un terzo: *Fidei autem vestrae vere et sapide committo, ne eum fundum vendati; eumque, qui ex vobis ultimus decesserit, cum morietur, restituat Simphoro ec.* Paolo decide doversi supporre un primo grado di sostituzione tacita, per mezzo del quale il premorto sia stato gravato di restituire, quando morrebbe, la sua porzione della cosa legata al superstite. Ciò è conforme ai nostri principj; il superstite essendo solo gravato di restituire al terzo, non solo la porzione che aveva nel fondo, ma il fondo intiero, egli è necessario che esso abbia ricevuto dal testatore il fondo intiero, perchè altrimenti non potrebbe essere gravato della restituzione: *Cum nemo fideicommisso onerari possit, in plus quam accepit.* Ora egli non può aver ricevuto dal testatore il fondo intiero, che supponendo un primo grado di sostituzione, per mezzo del quale il suo collegatario predefunto fosse stato onerato di restituirgli la sua porzione; egli è dunque necessario di supporre questo primo grado di sostituzione, quantunque non sia stato espresso.

In questo caso perchè debbasi supporre un primo grado di sostituzione, di cui il predefunto sia stato gravato verso del superstite, è necessario il concorso di due cose: 1°. Bisogna che il superstite solo sia stato gravato della restituzione a favore di un terzo; 2°. bisogna, che gli sia stato ingiunto di restituire la cosa intiera, e non la sua porzione soltanto.

Primieramente bisogna, che il superstite solo sia stato gravato della restituzione a pro di un terzo; se ne sono stati gravati l' uno, e l' altro, non è necessario di supporre alcun primo grado di sostituzione, di cui il predefunto sia stato gravato verso del superstite. Per esempio se dicesi: *Io faccio Pietro e Paolo legatarj dei miei beni, e alla loro morte li gravo della restituzione di essi a Giovanni*; in questo caso non vi è, che una sostituzione semplice a prò di Giovanni, di cui Pietro e Paolo sono gravati, ciascuno per la porzione, che avrà raccolta, del legato fatto all' uno, e all' altro, e che ciascuno di essi deve restituire all' epoca della morte.

Quid se si dicesse: *Ed io li gravo di restituire tutti i miei beni a Giovanni?* Devesi decidere precisamente lo stesso. La parola *tutti*, di cui ha fatto uso il testatore, significa che la sostituzione, di cui egli grava Pietro a favore di Giovanni, e quella, di cui grava Paolo a favore di questo medesimo Giovanni, compongono insieme la sostituzione di tutti i suoi beni; ciò non può intendersi in altro modo; perchè non può dirsi avere egli gravato il superstite solo della sostituzione di tutti i suoi beni, giacchè grava l' uno e l' altro; nè può dirsi nemmeno, che egli gravi ciascuno di essi della sostituzione del totale, poichè nessuno di essi ha raccolto il totale; egli non ha potuto gravare del

totale ciascheduno di loro: *Cum nemo fideicommisso onerari possit in plus quam accepit.* Dunque bisogna intendere questa clausola nel modo che la interpetriamo noi, che i due legatarj insieme sono gravati della restituzione del totale, ciascuno per la sua porzione.

Quid se si dice: *Io li onero di restituire i detti miei beni a Giovanni, dopo la loro morte?* Queste parole *dopo la loro morte* non mutano il caso, e devesi egualmente decidere non potersi supporre alcuna sostituzione tacita, di cui il predefunto sia gravato verso del superstite; ma che la sostituzione, di cui il predefunto è gravato verso di Giovanni, deve essere aperta alla sua morte, per la sua porzione, nè deve essere deferita dopo quella del superstite. Ora questa proposizione, *io li onero di restituire i miei beni a Giovanni dopo la loro morte*, si divide in due particolari, le quali non sono state compensate in una sola, che per compendio; ed è come se il testatore avesse detto: *Io onero Pietro di restituire dopo la sua morte i miei beni a Giovanni*; *io onero Paolo di restituirli, morto esso, a Giovanni suddetto.* È la disposizione precisa della legge 78, § 7, ff. *ad Senat. consult. Trebell.*

Devesi senza distinzione alcuna seguitare la prima parte della nostra decisione, cioè che in questo caso non si deve supporre alcun primo grado di sostituzione, di cui il predefunto sia stato gravato verso del superstite. La seconda dipende più dalle circostanze; perchè se Pietro e Paolo, che il testatore ha gravati di restituire a Giovanni, dopo la loro morte erano persone, che fossero sole eredi, e più care al testatore di Giovanni, il quale è un estraneo, o un congiunto più remoto, in tal caso bisognerebbe decidere che queste parole *dopo la loro morte* non devono intendersi, come lo abbiamo spiegato qui sopra, in questo senso, cioè *dopo la morte di ciascuno di essi*, ma in quest' altro *dopo la morte dell' ultimo defunto*. In questo caso si deve favorevolmente presumere che il testatore abbia voluto conservare, fra Pietro e Paolo, il diritto di successione *ab intestato*, e che a quest' effetto egli abbia deferita la scadenza della sostituzione, di cui gravava il predefunto a prò di Giovanni, al tempo della morte del superstite, affinchè questi potesse succedere nella porzione del primo defunto, coll' onere della sostituzione, se muoja.

Quantunque il superstite non abbia dichiarato, che gravava l'uno e l'altro dei suoi eredi, o legatarj a favore del terzo, purchè non apparisca egli averne gravato il superstite solo, si deve supporre, che ne abbia gravati ambidue; ed in conseguenza fra di essi non si deve supporre alcun primo grado di sostituzione tacita. Per esempio, se il testatore si è espresso così: *Io faccio Pietro e Paolo legatarj dei miei beni, e dopo la loro morte sostituisco Giovanni*, si deve decidere nel modo medesimo, che quando il testatore avesse detto: *Ed io li onero di restituirli a Giovanni dopo la loro morte.*

Possono esservi pure circostanze, le quali devono far presumere essere il superstite solo, che egli ha inteso di gravare, e doversi in conseguenza supporre un primo grado di sostituzione, di cui il predefunto sia stato gravato verso del superstite, e sono quando il testatore non siasi spiegato, se è l' uno o l' altro de' suoi legatarj, oppure il solo superstite, che egli intende gravare della restituzione del totale a favore di un terzo.

Per esempio, se il testatore si è espresso così: *Io lego i miei beni a Pietro, e a Paolo, e dopo la loro morte sostituisco Giovanni a condizione che Giovanni faccia costruire nella mia patria un palazzo comunale, secondo il tal piano.* Se Pietro e Paolo non sono eredi l' uno dell' altro, Ricard pensa, che uno non possa esimersi dal presumere, che il testatore abbia gravato soltanto il superstite della restituzione de' suoi beni a Giovanni. La ragione, alla quale egli si appoggia, si è, che l' onere da me imposto a Giovanni, di edificare un palazzo comunale, il quale è un onere indivisibile, e non può eseguirsi in parte, fa presumere che l' intenzione del testatore sia stata, che i suoi beni fossero restituiti a Giovanni, non per parti, alla morte di ciaschedun lega-

tario, ma nella totalità in una sola volta, alla morte dell' ultimo; donde concludesi doversi presumere, che il superstite solo sia stato gravato della restituzione del totale; perchè per quale ragione avrebbe egli ritardato il tempo della restituzione della parte del primo defunto a quello della morte del superstite? Se essi fossero eredi l' uno dell' altro, si potrebbe dire, che è per conservare fra di essi il diritto di successione *ab intestato*; ma non essendolo, non si mostra altra ragione, se non che egli ha voluto far passare nel superstite la porzione del primo defunto, per mezzo di un primo grado di sostituzione, innanzi che essa passasse a Giovanni. Questa opinione di Ricard non mi pare senza difficoltà; perchè non si potrebbe dire, che in questo caso, come negli altri, quantunque l' onere imposto a Giovanni sia indivisibile, egli è sostituito a ciascuno dei due legatarj; che egli raccoglierà la porzione di ciascuno alla morte di ciascuno; e che contuttociò, siccome l' onere è indivibisile, se esso è troppo grave, avuto riguardo alla porzione dei beni del primo defunto, si presume che il testatore non abbia inteso di sottoporlo a quest' onere, che quando avesse raccolta l'una e l'altra porzione.

Abbiamo veduto che per supporre un primo grado di sostituzione tacita fra due eredi o legatarj, cui si è sostituito un terzo, bisognava primieramente, che il superstite solo fosse onerato di restituire ad un terzo; in secondo luogo bisogna che il superstite sia gravato della restituzione del totale.

Laonde se il testatore si è espresso così: *Io faccio Pietro e Paolo legatarj dei miei beni, e sostituisco Giovanni al superstite dei due, dopo la sua morte*, non vi sarà primo grado di sostituzione, di cui il predefunto si presuma gravato verso del superstite, perchè veramente egli è solo tenuto di restituire a Giovanni, ma non il totale. Il testatore avendo detto semplicemente che gli sostituirebbe Giovanni, non vi è alcuna necessità di supporre che egli sia sostituito per altro, che per la porzione di questo superstite.

Si è giudicato, che vi era un primo grado di sostituzione tacita in questo caso, in cui il testatore siasi espresso così: *Nel caso che mio figlio muoja prima di venticinque anni la porzione che spetterà a mio fratello verrà sostituita a' suoi figli, dopo la sua morte.* Si è giudicato, che dovevasi supporre un primo grado di sostituzione tacita fidecommissaria, per mezzo del quale il figlio del testatore, nel caso che morisse prima dei venticinque anni, era onerato della sostituzione verso il fratello del testatore, ed era necessario di supporre un grado, senza di che la sostituzione, di cui il fratello era gravato verso dei suoi figli, non avrebbe potuto esser valida, il testatore non avendo potuto gravare suo fratello, se non avesse fatta qualche disposizione a vantaggio di esso. Il primo giudice, la di cui sentenza venne rivocata, aveva dichiarata nulla la disposizione intiera, come contenente una specie di sostituzione pupillare. Ma si giudica che supponendo favorevolmente questo primo grado di sostituzione tacita, la disposizione potrebbe valere come sostituzione fidecommissaria.

Altravolta facevasi grave questione, quando il testatore abbia gravato il suo erede, o il suo legatario a favore di alcuno, sotto la condizione se morisse senza figli, se si dovesse supporre un primo grado di sostituzione tacita, per mezzo del quale questo erede o legatario fosse gravato di sostituzione verso i suoi figli, qualora ne avesse. La maggior parte dei dottori italiani ha deciso affermativamente.

La ragione, cui essi si appoggiano, è che i figli di questo erede essendo stati più cari al testatore di quello, che lo fosse colui, che egli ha loro sostituito espressamente, poichè non lo ha sostituito, che in mancanza di essi se ha fatta una sostituzione a di lui profitto per conservargli i beni che lasciava al suo erede, devesi pensare, che a maggior ragione egli abbia voluto farne una a prò dei figli del suo erede. Essi si valgono pure della legge *ff. de haered. instit.*, della quale fanno una cattiva applicazione; questa legge nulla decidendo intorno a questa questione tale opinione è stata

rigettata dalla giurisprudenza del parlamento di Parigi, lungo tempo prima della ultima Ordinanza delle sostituzioni, ed a ragione, perchè secondo il principio da noi stabilito, non se ne deve supporre senza necessità; quantunque i figli dell'erede fossero più cari al testatore, che quello, il quale egli ha sostituito espressamente al suo erede, egli ha potuto avere particolari ragioni per non sostituirli al padre loro. *Puta*, perchè conviene, che i figli sieno nella dipendenza del padre, e attendano da esso i beni che hanno da sperare, e sarebbe un liberarli da questa dipendenza, se si obbligasse il loro padre a lasciargli ad essi per mezzo d'una sostituzione. Il testatore ha potuto pensare, che non era necessario d'obbligare, per mezzo d'una sostituzione, un padre a conservare i proprj beni ai suoi figli; che l'affezione paterna bastava per impegnarlo. Si può anche aggiungere, che per natura loro le condizioni essendo destinate a ristringere le disposizioni, è contro la natura loro di farle servire ad estenderle, ed a moltiplicarne i gradi. La nuova Ordinanza del 1747 ha consacrato questa giurisprudenza. Essa decide, *art.* 19, che i figli, i quali non saranno espressamente chiamati alla sostituzione, ma che saranno posti soltanto in condizione, senza essere gravati di restituire, non saranno in conto alcuno riguardati come partecipanti della disposizione.

Questa regola non era talmente invariabile prima dell'Ordinanza, che molti non credessero doversi aver riguardo a varie circostanze per allontanarsene, e supporre un primo grado di sostituzione a prò dei figli posti in condizione.

L'Ordinanza nel detto articolo riporta varie di queste circostanze, alle quali decide non doversi avere alcun riguardo.

La prima è, quando sono posti in condizione non semplicemente i figli, ma i figli maschi. Per esempio, se io gravo il mio erede di restituire i miei beni, o una tale terra, ad un congiunto del mio nome, nel caso, che il mio erede muoja senza figli maschi, prima della Ordinanza molti pensavano, che il testatore avendo mostrato con questa condizione, che sua volontà era di conservare nella propria casa i beni compresi nella sostituzione, questa volontà doveva fare supporre in lui quella di fare un primo grado di sostituzione tacita, a profitto dei figli maschi del suo erede; perchè questo scopo, ch'egli proponevasi, potrà senza di ciò non verificarsi, se l'erede non essendo gravato di una sostituzione, avesse la libertà di disporre a profitto di altre persone che de' suoi figli maschi.

La seconda è, quando la condizione è duplicata, come se io ho detto: *Se il mio erede muore senza figli maschi, o i suoi figli maschi senza figli maschi, io sostituisco un tale.* Questa condizione duplicata serve a fare conoscere anche davvantaggio la volontà del testatore di conservare nella sua casa i beni compresi nella sostituzione, e per conseguenza sembrava aumentare la presunzione, che il testatore avesse avuta la volontà di fare ciò, che era necessario per ciò, e per conseguenza delle sostituzioni tacite, colle quali avesse incaricato il suo erede di restituire i suoi beni a' suoi figli maschi, e questi di restituirli ai loro figli maschi.

Una terza circostanza è, quando la sostituzione è stata fatta coll'onere di portare il nome, e le armi dell'autore di essa; questa circostanza contribuisce pure a far conoscere la volontà, che ha avuta l'autore della sostituzione di conservare i beni in suo nome e per conseguenza ad accrescere la presunzione della sostituzione tacita, che sembra risultarne.

La quarta è, quando nei paesi di diritto scritto il testatore ha fatta la sua sostituzione ad un congiunto del proprio nome, colla condizione, che l'erede non potesse far detrazione della quarta trebellianica; la proibizione di detrarre questa quarta serve egualmente a far conoscere la volontà, che ha il defunto di conservare nella sua casa i proprj beni, che egli vi vuole conservati nella loro integrità, e senza diminuzione alcuna, e per conseguenza alla presunzione della sostituzione tacita, che egli da questa volontà fa risultare.

La quinta è quella, la quale si rileva dallo Statuto essersi usata in antico in una famiglia nobile. Se fino d'antico è stato uso in una famiglia nobile di sostituire certi beni a vantaggio dei figli dell' erede, ed in mancanza di essi ai collaterali, si presumerà che quegli di questa famiglia, il quale ha sostituito un collaterale al suo erede, se quest' ultimo morisse senza figli, abbia avuta intenzione di uniformarsi all' uso della sua casa, e di fare un primo grado di sostituzione a vantaggio dei figli del suo erede.

Una sesta circostanza si ricava dalla qualità, e dal valore dei beni sostituiti; come se fosse una terra avente annesso un titolo, di gran prezzo, antichissima nella famiglia; queste circostanze servono a rendere maggiormente persuasi della volontà avuta dal testatore di conservare una tal terra nella propria famiglia, e perciò servono a far presumere la sostituzione tacita, che si fa risultare da questa volontà.

L' Ordinanza vieta di aver riguardo ad alcuna di queste presunzioni, lo che devesi intendere, sia che esse occorressero separatamente, sia che si trovassero riunite.

Non solo l' Ordinanza rigetta le presunzioni, che si potrebbero ricavare da queste circostanze, che essa riferisce, ma in generale tutte quelle, che si potrebbero ricavare da qualunque altra siasi circostanza; ed in ciò essa risparmia molte liti, alle quali avrebbe potuto aprire l' adito la discussione di queste differenti circostanze.

Non devesi neppure seguire, dopo l' Ordinanza, la decisione di un giudicato del 1668, riportato nel *Tomo secondo del giornale delle Udienze*, se occorresse il caso medesimo.

Un erede era stato gravato di sostituzione a benefizio de' suoi collaterali, nel caso, che morisse senza figli, ed il testatore col suo testamento aveva dichiarato, che faceva questa sostituzione per timore, che il gravato dilapidasse i beni lasciatigli. Si giudicò, che l' enunciazione di questo motivo doveva far presumere una sostituzione tacita a vantaggio dei figli del gravato, nel caso che egli ne lasciasse; essendo presumibile, che se il testatore ha voluto impedire al gravato di dilapidare, in pregiudizio dei suoi collaterali, ed ha creduto di non potere impedire questa dilapidazione, se non, che per mezzo di una sostituzione; a maggior ragione egli ha dovuto voler impedire, che il gravato dissipasse in danno dei suoi figli, ed ha dovuto voler sostituire questi, poichè credeva di non potere, se non se con questo mezzo, sfuggire la dilapidazione del gravato. Tali furono i motivi della sentenza; ma al giorno d' oggi si dovrebbe decidere il contrario, che anche in questo caso non si deve supporre sostituzione tacita a vantaggio dei figli, ma nella condizione di quella fatta ai collaterali, perchè l' Ordinanza rigetta senza distinzione tutte le presunzioni, per mezzo delle quali si vorrebbe supporla.

Per la stessa ragione quantunque la sostituzione fatta a favore d' alcuno, nel caso, che il gravato muoja senza figli, sia accompagnata da un divieto, che il testatore ha fatto, di alienare, non si dovrà egualmente supporre veruna sostituzione tacita a profitto dei figli posti nella condizione; e il divieto di alienare non si deve presumere fatto, che in favore del sostituito espresso.

L' Ordinanza ammette una sola causa, che deve far supporre una sostituzione a vantaggio dei figli posti in condizione, ed è quando essi stessi sono gravati della restituzione; perchè secondo la regola *nemo fideicommisso onerari in plus quam accepit*. Dallo averli il testatore gravati della restituzione de' suoi beni, ne viene la conseguenza che abbia voluto lasciargli ad essi, non avendo potuto onerarli di farne la restituzione, se non in quanto gli avesse loro lasciati; in tal caso bisogna dunque necessariamente supporre una sostituzione tacita a loro benefizio.

Per esempio, se il testatore si è espresso così: *Se Pietro, mio erede, muore senza figli, o i suoi figli senza figli, io sostituisco loro Giovanni*. Pare da questa parola al plurale, *io sostituisco loro Giovanni*, che Giovanni sia sostituito non solamente a Pietro, ma anche ai figli di esso; ma i figli

di Pietro non possono essere gravati a benefizio di Giovanni, se non in quanto sieno essi stessi sostituiti a Pietro, loro padre. Bisogna dunque necessariamente in questo caso supporre un primo grado di sostituzione, per mezzo del quale i figli posti nella condizione della sostituzione fatta a benefizio di Giovanni, sieno essi pure sostituiti a Pietro loro genitore.

Non sarebbe così, se si fosse detto: *Se Pietro muore senza figli, o i di lui figli senza figli, io ad esso sostituisco Giovanni.* Perchè questa parola al singolare *ad esso* non potendo riferirsi ai figli di Pietro, ma a Pietro solo, Giovanni non è sostituito, che a Pietro, i figli di questo non saranno gravati, e per conseguenza non è necessario di supporre un primo grado, per mezzo del quale sieno essi pure sostituiti al padre loro.

Quid se si fosse detto impersonalmente: *Io sostituisco Giovanni*? Penso non essere necessario in questo caso di supporre, che i figli di Pietro sieno gravati a favore di Giovanni; donde conseguita, secondo il nostro principio, non doversi essi presumere compresi nella disposizione del loro genitore. Queste parole impersonali: *Io sostituisco Giovanni*, possono benissimo riferirsi a Pietro solo sotto l'alternativa di due condizioni, l'esistenza di una delle quali, secondo i principj, basta per dar luogo alla sostituzione; e in conseguenza, se alla morte di Pietro la prima condizione è venuta meno, per avere egli lasciato dei figli, lungo tempo dopo la morte di esso può esservi sempre luogo alla sostituzione, per la verificazione della seconda condizione, quando saranno morti senza figli tutti i figli, che Pietro ha lasciati; ma quantunque in tal caso i beni del testatore passino dai figli di Pietro a Giovanni, non è necessario supporre, che i figli di Pietro sieno stati dal canto loro gravati di alcuna sostituzione verso di Giovanni; i beni passano a Giovanni in forza della sostituzione, di cui era stato gravato Pietro; Pietro non aveva potuto trasmetterli a' suoi figli, nè ad alcuna altra persona, che coll' onere della sostituzione medesima; che se non è necessario di supporre, che i figli di Pietro dal canto loro sieno stati gravati, non si deve presumerli compresi nella disposizione.

Se il testatore si fosse servito della congiunzione *e* in luogo della disgiunzione *o*, e che avesse detto: *Se Pietro muore senza figli, ed i suoi figli senza figli, io sostituisco Giovanni*, Ricard conviene, che in tal caso i figli di Giovanni non debbano essere presunti dal canto loro gravati verso di Giovanni, nè per conseguenza tacitamente sostituiti al loro padre; ma mi sembra, che a queste parole egli dia un senso coartato, intendendole così: *Se all' epoca della morte di Pietro non si trova alcun figlio nè alcuno dei figli di Pietro, che fosse premorto ad esso.* Per me penso, che queste parole abbiano lo stesso senso delle altre, e che la congiunzione debba passare per disgiunzione, lo che nel discorso accade assai spesso.

Se il testatore si è espresso così: *Se Pietro e Paolo, miei eredi, muojono senza figli, o i loro figli senza figli, io sostituisco loro Giovanni*, bisogna decidere ancora, che i figli non sono compresi nella disposizione, perchè non è necessario supporre, che dal canto loro sieno stati gravati verso di Giovanni, queste parole: *Io sostituisco loro Giovanni*, potendo benissimo riferirsi a Pietro, e a Paolo solamente.

SEZIONE III.

Della interpetrazione delle sostituzioni fidecommissarie; della interpetrazione di alcune condizioni, clausole, ed espressioni, che vi s' incontrano, e di alcune specie particolari di sostituzioni.

ARTICOLO PRIMO.

Regole sulla interpetrazione delle sostituzioni, e su quella di alcune condizioni, clausole, ed espressioni, che vi s' incontrano.

La regola principale è, che devesi ricercare ciò, che ha voluto l' autore della sostituzione, senza guardare alle parole.

È in conseguenza di questa regola, che con sentenza del 10 giugno 1719 riportata nel tomo settimo del Giornale, e da Augeard è stato giudicato, che le parole di cui si servono i notari nelle sostituzioni, che quegli il quale è gravato avrà soltanto l' usufrutto dei beni sostituiti, non impedivano, che non dovesse il gravato considerarsi come proprietario di questi beni, e che la parola usufrutto impiegata nel testamento dovesse intendersi, non di un usufrutto propriamente detto, ma di un diritto di autorità il quale mediante la sostituzione doveva estinguersi e confondersi nella persona del gravato all' epoca della sua morte, e che a cagione della relazione, che ha collo usufrutto propriamente detto, che così si estingue, era stato chiamato usufrutto. Vi sono molte altre regole, che noi abbiamo riportate nel *Trattato dei testamenti* per la interpetrazione dei legati, e che sono comuni alle sostituzioni; noi rimandiamo ad esso.

Quando un testatore ha diviso i proprj beni in porzioni disuguali fra i suoi legatarj universali, egli ha sostituiti gli uni agli altri, si deve presumere avere egli voluto, che dividessero la sostituzione nella proporzione medesima del legato.

Questa decisione è fondata sulle leggi 24, e 41, § 1, ff. *de vulg. et pupil. substit.* riguardo agli eredi sostituiti gli uni agli altri. L' applicazione ne è naturale riguardo ai nostri legatarj universali.

Se dunque un testatore ha legato dei beni per una metà a Pietro, per un quarto a Paolo, e per un ottavo ciascuno a Giacomo, e Giovanni, e dopo la loro morte gli ha sostituiti gli uni agli altri; Giacomo morendo il primo, Pietro, che nel legato ha avuta una porzione doppia di quella di Paolo, e quadrupla di quella di Giovanni deve avere una eguale porzione nella sostituzione; Paolo vi deve avere una porzione doppia di quella di Giovanni, come l' ha avuta nel legato; perlochè i beni sostituiti si divideranno in sette porzioni, quattro delle quali le avrà Pietro, due Paolo ed una Giovanni.

La parola *figli* si trova sovente usata nelle sostituzioni, sia nella disposizione, come quando si sostituisce a taluno i suoi figli, sia nella condizione, come quando alcuno è stato gravato di sostituzione, qualora muoja senza figli; questa parola non ha la interpetrazione medesima. Quando è usata nella limitazione, si restringe ai figli di primo grado. Così risulta dall' art. 11, della Ordinanza del 1731.

Al contrario, la parola *figli* impiegata nella condizione comprende tutti i discendenti.

La ragione della differenza di queste interpetrazioni è, che la causa dell' erede essendo sfavorevole, e la causa della liberazione favorevole, le parole della sostituzione devono essere intese nel senso stretto, che estende il meno possibile la sostituzione, della quale l' erede è gravato; mentre, che per la stessa ragione le parole della condizione, la quale tende a ristringere la sostituzione, devono essere intese nel senso largo per estendere la condizione, e ristringere la sostituzione.

Questa parola *figli*, sia nella disposizione, sia nella condizione, non com-

prende che i figli legittimi, e quelli che godono dello stato civile. I bastardi non vi sono compresi, quantunque legittimati altrimenti, che *per subsequens matrimonium*, come neppure quelli nati da un matrimonio, che non ha gli effetti civili, nè quelli che hanno perduto lo stato civile, sia a cagione di condanna ad una pena capitale, sia a cagione della professione religiosa. L'Ordinanza *art.* 23 lo decide pel caso della condizione, in cui la parola si prende nel più largo significato; lo che deve per conseguenza aver luogo a maggior ragione nel caso della disposizione.

La ragione è, che la condizione *se muore senza figli* essendo posta per conservare al gravato la facoltà di poter trasmettere nella sua eredità ai proprj figli i beni, che gli vengono lasciati, questa parola non può riferirsi a quelli, che non sono abili a succedere, quali sono i bastardi, ed i morti civilmente.

Del resto la parola *figli* in questa condizione comprende anche quelli, che il gravato avesse diseredati giustamente; perchè una tale condizione essendo apposta per conservare al gravato la facoltà di trasmettere ai suoi figli nella propria eredità i beni, che gli vengono lasciati, e perciò limitando la sostituzione al caso, in cui fosse egli morto senza figli, ai quali potesse trasmetterla, basta, che egli abbia lasciati questi figli, che ha diseredati, e che abbia potuto trasmetter loro i proprj beni nella sua successione, affinchè questa condizione sia mancata. A maggior ragione la parola *figli* in questa condizione deve comprendere quelli, i quali rinunziano alla eredità. È decisione della legge 114, § 3, ff. *de legat.* 1. *Cum erit rogatus, si sine liberis decesserit, per fideicommissum restituere: conditio defecisse videbitur, si patri supervixerint liberi; nec quaeritur an haeredes extiterint.*

A proposito della condizione, *se muore senza figli*, si osservi, che quantunque la parola *figli* nella condizione sia posta in plurale, contuttociò basta, che il gravato ne lasci uno solo per far mancare la condizione. La ragione è, che nella nostra lingua, egualmente che nella lingua latina, non si è senza figli, quando se ne ha uno solo. *Non est sine liberis, cui vel unus filius unave filia est; haec enim enunciatio*, HABET LIBEROS, NON HABET LIBEROS, *semper plurativo numero profertur, sicut et pugillares et codicilli*; *l.* 148, ff. *de verb. signif. l.* 249 ff. *eod.*

Vi è di più; per farla mancare basta che il gravato lasci pregnante il ventre della sua vedova: *Si quis uxorem praegnantem reliquit, non videbitur sine liberis decessisse*; *l.* 187, *ff. de regul. jur.*, purchè però il figlio nasca vivo, e dentro il termine. Per la stessa ragione non si considera come morta senza figli una donna, allorquando dopo la di lei morte ne è stato estratto uno dal ventre di essa per mezzo della operazione cesarea: *Etiam ea mulier, cum moreretur, creditur filium habere, quae exciso utero edere possit* . . . . *l.* 141, ff. *de verb. signif.*

Se il gravato, e il figlio unico, che aveva, sono morti nel tempo stesso, la condizione: *Se egli muore senza figli* si presume verificata. Così decide Ulpiano nella legge 17, § 7, ff. *ad senat. cons. trebell.*: *Magis non defecisse arbitror, quia non est verum filium ejus supervixisse.* . . . Perchè questa condizione ha questo senso; *se egli non lascia alcun figlio, al quale potesse morendo trasmettere i suoi beni*. Ora non può dirsi averne egli lasciati, se il figlio, che aveva non ha sopravvissuto: *Non est verum filium ejus supervixisse.*

Nell' incertezza di chi sia morto il primo, che s' ha a decidere? *Cum autem quis ante, et quis postea decesserit, non apparet extitisse conditionem fideicommissi magis dicendum est*; *dict. l.* 17, § 7, ff. *ad sen. cons. trebell.*

A proposito della condizione *se muore senza figli* ci resta da osservare essere essa duplice, e contenere due casi; il caso della morte del gravato, e il caso, che non lascerà figli. Perchè essa presumasi verificata, e dia luogo alla sostituzione non basta dunque, che sia divenuta cosa certa, che egli non lascerà figli legittimi; perchè, per esempio, sia divenuto fuori di stato di averne attesa la sua pro-

mozione al sacerdozio; anche con questo bisogna aspettare la sua morte.

Alla parola *figli* qualche volta si aggiungono queste, *quelli nati da esso*; una tale aggiunta è superflua egualmente; essa non ristringe la parola *figli* impiegata con questa aggiunta, in una condizione relativa ai soli figli di primo grado, perchè i nostri figli di gradi ulteriori sono veramente figli del nostro corpo; essa non lo estende neppure ai bastardi.

La parola *figli, fils*, ha un significato meno esteso di quello di *figli*, *enfans*, nelle condizioni, egualmente, che nelle disposizioni. Essa non comprende le figlie, quantunque nella lingua latina la parola *filius* le comprenda; *l.* 116, ff. *de verb. signif.* Il genio della nostra lingua è differente; non si è mai compreso i due sessi sotto la parola *figli*, *fils*, ma soltanto sotto la parola *enfans*.

La parola *figli, fils*, si estende essa egualmente ai nipoti e agli altri dei gradi ulteriori? È certo, che non vi s'estende, quando è impiegata nelle disposizioni; perchè non si dà questa estensione alla parola *figli*, *enfans*, siccome abbiamo veduto quì sopra, quantunque ne sia molto più suscettibile di quella di *figli*, *fils*. Non vi è luogo alla questione, che quando è impiegata nella condizione, come se alcuno viene gravato di sostituzione, se muore senza lasciare alcun figlio. Ricard pensa, che la parola *figli*, *fils*, nell'uso di parlare, si estenda qualche volta *ai nipoti*, e altri di grado ulteriore; ciò basta perchè nella condizione si possa darle questa estensione.

Ma questa parola deve essa almeno ristringersi ai nipoti discendenti dai figli? Vi è luogo a pensarlo; perchè il testatore, avendo voluto escludere dai suoi beni le figlie del suo erede, non ponendole punto nella condizione insieme coi figli, vi è ogni luogo a presumere averne egli voluto escludere egualmente i figli delle figlie, massime quando la sostituzione apparisce fatta per conservare i beni nella casa, come quando siavi chiamato un congiunto del nome.

Le parole *discendenti maschi* si trovano assai spesso impiegate nelle sostituzioni, sia nella disposizione, sia nella condizione, come quando si dice: *Io sostituisco a Pietro dopo la sua morte i suoi discendenti maschi*, o quando si dice: *Io sostituisco a Pietro un tale, se egli muore senza discendenti maschi*. Si domanda se queste parole comprendano i discendenti maschi delle figlie di Pietro? È certo, che nel proprio loro senso esse li comprendono; perchè i figli maschi di una figlia di Pietro essendo veramente discendenti di Pietro, e maschi, sono veramente suoi discendenti maschi. Ma siccome nelle sostituzioni si deve consultare piuttosto la volontà dell'autore della sostituzione, che le parole, delle quali si è servito, se apparisce, che la sostituzione sia stata fatta per conservare i beni nel nome, queste parole generali, *discendenti maschi*, saranno ristrette ai discendenti maschi del nome, che sono discendenti maschi di maschio. Apparentemente vi era qualche circostanza di questa natura nella specie della sentenza del 1656, riportata da Soefve 7, 2, 1, 20, la quale ha giudicato, che una sostituzione fatta a vantaggio dei maschi, discendenti dal testatore, non comprendeva i maschi discendenti da femmine; ma se non vi è circostanza alcuna essi vi saranno compresi secondo questa regola, *non enim a significatio de verborum recedi oportet, nisi cum manifestum est aliud sensisse testatorem*; da questo solo, che il testatore non ha ammesso nella sua disposizione le figlie del suo erede, non si ha da concludere, che egli non abbia voluto ammettervi i figli maschi di queste femmine. La illazione sarebbe buona, se gli non avesse potuto avere altro motivo di questa preferenza dei maschi, che lo scopo di perpetuare i beni nel nome; ma egli ha potuto averne un altro, fondato sulla differenza del sesso, perchè i maschi essendo abili agli impieghi hanno più bisogno di ricchezze per sostenerne il decoro, che le femmine, le quali non abbisognano, che di una modica dote, per trovare da maritarsi secondo il loro stato.

Se l'autore della sostituzione avesse sostituito ad alcuno dopo la sua morte i suoi figli maschi, e i loro discen-

denti, le femmine discendenti dai maschi vi sarebbero elleno comprese? Esse vi si trovano comprese nel senso proprio delle parole; perchè esse sono veramente le discendenti dei maschi; contuttociò in questo caso ancor più facilmente, che nel precedente si può, secondo le circostanze, presumere, che il testatore abbia avuto volontà di perpetuare i beni nel suo nome e che egli non abbia inteso parlare, che dei discendenti de' maschi, i quali fossero maschi essi pure, non essendo naturale, che avendo escluso le figlie proprie dell'erede, avesse pensato alle nipoti.

ARTICOLO II.

Delle sostituzioni di una famiglia, e della sostituzione di quello della famiglia, o di quello dei figli, che il gravato ha scelto.

§ 1. *Delle sostituzioni d'una famiglia.*

Il termine di *famiglia*, o di *razza* non si prende d'ordinario nelle sostituzioni per *familia*, *agnatio*, ma per *cognatio*, e comprende tanto i congiunti del nome, che quelli della parte delle femmine, a menochè l'autore della sostituzione intorno a ciò siasi spiegato.

Alcuna volta però, secondo le circostanze, esso si ristringe alla parentela del nome, massime quando non è chiamata alla sostituzione la famiglia, o la razza indistintamente, ma i maschi della famiglia, i maschi della razza soltanto. Ricard riferisce una sentenza, che ha così giudicato nel caso di una sostituzione perpetua della terra di Gagerand ai maschi della razza.

Quando il testatore ha sostituito ad alcuno, *puta*, al suo legatario universale, la sua famiglia, senza spiegare di qual famiglia è questione, se sia la sua, o quella del gravato, ch' egli abbia inteso di sostituire, Ricard distingue se il gravato è un congiunto del testatore, o un estraneo. Se è un congiunto, egli decide, che si deve presumere avere il testatore inteso parlare della sua propria famiglia, e non di quella del gravato, e che in conseguenza non sono tutti i congiunti del gravato, che sono chiamati a questa sostituzione, ma solamente quelli del lato del testatore; per la ragione che dal naturale affetto, che ognuno ha per la propria famiglia, si deve presumere aver voluto il testatore con questa sostituzione disporre a favore della sua propria famiglia, anzichè a vantaggio di una famiglia, che gli è straniera.

Che se il gravato è estraneo. Ricard pensa, che in tal caso il testatore è presunto avere inteso parlare della famiglia del gravato, e non della propria, perchè il testatore avendo fatto uscire i proprj beni della famiglia, col legato, che ne ha fatto a questo estraneo; secondo lui si deve presumere, che egli abbia fatta la sostituzione piuttosto per conservare i suoi beni nella famiglia, ove l'ha fatti entrare mediante il legato fattone all'estraneo, che per conservarlo alla sua, donde ha voluto farli uscire. Questa decisione pare, che soggiaccia a qualche difficoltà; e la ragione cui si appoggia Ricard, apparisce poco concludente; il testatore ha potuto anteporre la persona del suo legatario estraneo alla propria famiglia, per motivi potenti e personali a questo legatario, senzachè si possa inferire avere egli preferito egualmente la famiglia del legatario alla propria.

All'epoca dell'apertura della sostituzione, cui una famiglia è chiamata, non devono raccoglierla indistintamente tutti quelli, che fanno parte della famiglia medesima. Se l'autore della sostituzione ha fissato egli stesso l'ordine, col quale deve essere raccolta, e nominato quelli, che intendeva preferire agli altri, si deve seguire ciò, che egli ha ordinato, altrimenti sono quelli della famiglia, i quali sono in grado più prossimo, che debbono raccoglierla. *In fideicommisso, quod familiae relinquitur, hi ad petitionem ejus admetti possunt, qui nominati sunt; aut, post omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit; l.* 32, § 6, *ff. de leg.* 2.

Ma debbono raccoglierla quelli di questa famiglia, i quali sono più prossimi al testatore, o quelli che sono più prossimi al gravato? Non vi è dubbio, che sono i congiunti più prossimi del gravato, nè si ha alcun riguardo alla loro prossimità col testatore, sebbene alla sola loro prossimità col gravato. La nuova Ordinanza ne ha una decisione formale nel caso dell'*art.* 22., che trova la sua applicazione a tutti gli altri casi. La ragione contraria si è, che i sostituiti tengono i beni nella sostituzione compresi, piuttosto dall'autore della sostituzione, che dalla persona cui sono sostituiti; contuttociò siccome questi sostituiti li raccolgono dalle mani, e per mezzo della persona, cui sono sostituiti, può dirsi in certo modo, che succedono ad essa. Ora, in ogni successione, quando si tratta di sapere quali sieno i più prossimi a succedere, devesi considerare la prossimità colla persona, alla quale si succede.

Devesi seguire l'ordine medesimo fra i congiunti di una famiglia chiamata alla sostituzione, che quello prescritto dalla legge per le successioni *ab intestato*? Per esempio, fra i figli del gravato, che raccolgono la sostituzione fatta alla famiglia del gravato, il primogenito di questi figli deve egli avere nei beni sostituiti le prerogative stesse di primogenitura, che avrebbe se vi succedesse *ab intestato*? Fra i collaterali del gravato, che si trovano nel grado medesimo, i maschi devono essi escludere le femmine nei beni feudali compresi nella sostituzione, come le escluderebbero, se succedessero *ab intestato*? I congiunti di doppio vincolo devono essi escludere quelli di vincolo semplice? Negli Statuti, che hanno riguardo a questa prerogativa, un nipote di un fratello predefunto del gravato, verrà egli, per rappresentazione del suo padre, alla sostituzione cogli altri fratelli del gravato, come sarebbe venuto alla successione *ab intestato*? In tutti questi casi si può dire in favore dell'ordine delle successioni *ab intestato*, che l'autore della sostituzione non avendo dichiarato in qual'ordine la raccoglierebbero i congiunti della famiglia, che ha chiamati alla sostituzione, su questo ordine egli è presunto essersi riportato alla legge; che se è permesso all'uomo di cambiare colle sue disposizioni l'ordine prescritto dalla legge, almeno conviene, che le sue disposizioni, le quali invertono l'ordine suddetto, sieno costanti, e che l'ordine della legge deve essere seguito in tutto ciò, su cui non si è spiegato. Per quanto speciose appariscano queste ragioni, sembra, che la nuova Ordinanza non vi abbia avuto riguardo alcuno, e che abbia voluto, che per l'ordine, nel quale la raccoglierebbero i congiunti di una famiglia chiamati ad una sostituzione, non si avesse riguardo, che alla sola prossimità, senza considerare punto l'ordine stabilito per le successioni *ab intestato*, a meno, che l'autore della sostituzione non avesse espressamente dichiarato per mezzo dell'atto, che intendeva doversi la successione deferire nell'ordine delle successioni *ab intestato*. Essa lo ha deciso espressamente, *art.* 21, per il caso della rappresentazione, che decide non dover aver luogo nelle sostituzioni, sia in linea retta, sia in linea collaterale, se l'autore della sostituzione non ha espressamente ordinato, che la sostituzione sarebbe deferita nell'ordine delle successioni. Vi è la stessa ragione per deciderlo negli altri casi. Laonde si deve decidere, secondo lo spirito della nuova Ordinanza, che fra i figli del gravato il primogenito non prenderà dai beni sostituiti veruna prerogativa di primogenitura; che fra i collaterali del gravato i maschi non saranno preferiti alle femmine nei beni feudali; i congiunti di doppio vincolo non saranno preferiti a quelli di semplice vincolo, perchè vi è la stessa ragione di decidere per questi casi, e per quello della rappresentazione non doversi considerare, che la sola prossimità del grado, senza aver riguardo all'ordine stabilito per le successioni *ab intestato*, giacchè le successioni per sostituzione sono intieramente contrarie alle successioni legittime; ciò che è stato stabilito riguardo alle une non può ricevere applicazione riguardo alle altre.

Rimane una questione riguardante quelli che devono raccogliere la sostitu-

zione cui la famiglia è stata chiamata; se l'autore della sostituzione chiamando ad essa la famiglia ha dichiarato volere, che i maschi fossero preferiti alle femmine questa preferenza deve ella intendersi soltanto in prossimità di grado ? Io lo penserei, a menochè vi fossero delle circostanze, che dessero luogo a presumere altrimenti.

§ 2. *Della sostituzione di quello della famiglia, che il gravato ha scelto.*

Alcune volte l'autore della sostituzione, sostituendo ad alcuno i suoi figli, o la sua famiglia dopo la sua morte, gli permette di scegliere quello dei figli, o della famiglia, a cui restituirà i beni nella sostituzione compresi.

Come, per esempio, se un testatore si è espresso così: *Io faccio Pietro mio nipote legatario universale dei miei beni, e gli sostituisco dopo la sua morte quello della famiglia, che egli avrà scelto.*

Si domanda se questa facoltà di scegliere si presuma espressa da queste parole *o all' uno di essi*, che si trovano nel caso della legge sopraccitato. Papiniano decide negativamente, e dice significare soltanto, che se non ne rimane, che *uno solo*, egli raccoglierà solo la sostituzione. La sostituzione era stata fatta con queste parole: *Peto de te, uxor charissima, uti, cum morieris, haereditatem meam restituas filiis meis, vel uni eorum, vel nepotibus meis, cui volueris, vel cognatis meis, si cui voles, ex tota cognatione mea.*

Papiniano decide, che la scelta non è accordata se non se riguardo ai nipoti, e ai collaterali in mancanza di nipoti, e non ai figli. *Inter filios respondi substitutionem fideicommissi factam videri. Circa nepotes autem, et cœteros cognatos facultatem eligendi datam. Ex cœteris autem cognatis si nepotes superessent, non recte mulierem electuram, propter gradus fideicommissi praescriptos deficiente vero gradu nepotum; ex cognatis, quam velit, personam eligi posse; l.* 57, § 2, *ff. ad senat. cons. trebell.*

La differenza fra la sostituzione, e la facoltà di scegliere, e quella, per mezzo della quale si sostituisce semplicemente la famiglia, si è, che quando il gravato, in conseguenza della facoltà di scegliere, che gli è accordata, ha dichiarata la sua scelta in favore di alcuno della famiglia, colla sua morte la sostituzione non sarà aperta, che a favore di quello, o quelli, che avrà scelti; mentre, che se si fosse sostituita semplicemente la famiglia, senza accordare questa scelta, la sostituzione sarebbe stata aperta a vantaggio di tutti quelli della famiglia, che si sarebbero trovati essere i più prossimi congiunti del gravato, all' epoca dell' apertura.

La scelta, che il gravato fa, secondo la facoltà accordatagli, di una persona della famiglia, non è una disposizione, che egli faccia verso di questa persona, che sceglie; è una pura scelta; laonde la persona scelta la quale in forza di ciò raccoglie la sostituzione, non si presume punto, che riceva i beni nella sostituzione compresi da quello, che l' ha scelta, ma si presume che li riceva dall' autore della sostituzione.

Per la qual cosa il gravato, che ha fatta questa scelta, non può per ragione di questa sola scelta imporre onere alcuno alla persona scelta; perchè scegliendola non ha propriamente esercitata liberalità alcuna verso di essa, non le ha dato cosa veruna del proprio. *Non enim facultas necessariae electionis, propriae liberalitatis beneficium est; quid est enim, quod de suo videatur relinquisse qui quod relinquit omnimodo reddere debuit? l.* 67 § 1, *ff. de leg.* 2.

Questa scelta non essendo una disposizione, che il gravato faccia dei suoi beni verso della persona, che ha scelta, può farla per mezzo di qualunque atto, purchè sia per iscritto.

Se il gravato avesse fatto un legato, o una donazione dei beni soggetti a questa sostituzione ad alcuno della famiglia, quest' atto varrebbe, non come legato, nè donazione [se non se fino al tempo dell' apertura della sostituzione], ma come contenente la scelta di cui gli era stata lasciata la facoltà; e la persona cui egli gli avesse così legati, o donati, dopo l' apertura della sostituzione ri-

cevereLbe questi beni, non da quello che gli avesse in tal modo legati, o donati, sibbene dall' autore della sostituzione.

Questa scelta può anche essere contenuta in un legato universale fatto dal gravato ad alcuno della famiglia, il quale legato universale non varrà come tale, che rispetto ai beni liberi, i quali il gravato poteva avere da quelli della sostituzione infuori: ma rispetto a quelli compresi nella sostituzione non varrà, che come un atto contenente la scelta, di cui gli era stata accordata la facoltà relativamente ai detti beni.

Questo legato universale non si presumerà contenere nulladimeno la scelta della persona del legatario universale per rispetto ai beni sostituiti, se non in quanto il testatore non avesse disposto dei detti beni a favore di altri col mezzo di disposizioni particolari.

Essendo la sostituzione quella, che forma il titolo per la persona della famiglia, che il gravato ha scelta, ne conseguita esser necessario, che questa persona esista, e sia capace di raccogliere la sostituzione all' epoca della sua apertura.

Per la qual cosa, se taluno dopo la mia morte mi ha sostituito in un determinato fondo quello della famiglia, che io sarei per iscegliere, e che io lo abbia donato fra vivi ad una persona della famiglia, se questa persona premuore a me, o perde lo stato civile in guisa, che all' epoca della mia morte; la quale apre la sostituzione, essa non esista più, o sia incapace di raccoglierla, la scelta da me fatta di questa persona per mezzo della fattale donazione, rimane caducata e la sostituzione si deve raccogliere da tutti quelli della famiglia, i quali all' epoca della mia morte si troveranno essere i miei più prossimi congiunti; così decide la *legge* 77, § 10, ff. *de leg.* 2. *Nam in eum destinatio dirigi potest, qui fideicommissum inter cœteros habiturus est, remota matris electione.*

Un minore, cui si è sostituito quello della sua famiglia, che egli sceglierebbe, per fare questa scelta non abbisogna dell' autorità del suo tutore, perchè con questa scelta non può recarsi pregiudizio; egli non aliena, nè contratta; io non penso neppure, che in simile caso una donna maritata per fare questa scelta abbia bisogno dell' autorizzazione del marito, una tale autorizzazione essendo richiesta per i fatti, i quali possono aver relazione colle alienazioni, e anche cogli acquisti, per obbligarsi, o obbligare gli altri, ma questa scelta è un puro fatto, che sotto un certo rapporto non la riguarda.

Colui cui si è sostituito quello della famiglia, che egli sceglierebbe, non può più farlo, se viene a perdere lo stato civile prima di averlo fatto; perchè mediante la sua morte civile la sostituzione è rimasta aperta a tutti i suoi più prossimi congiunti, il diritto essendo loro acquisito, non vi può più esser luogo alla scelta. Noi non seguitiamo la massima del diritto romano, perchè la legge 77, § 4, ff. *de leg.* 1 dice: *Electionem non esse pœna peremptam placuit.*

Quando colui, che era gravato d'una sostituzione dopo la sua morte verso l' individuo della famiglia, che sceglierebbe, è morto senz' avere fatta questa scelta, oppure, che quella, che egli ha fatta, sia rimasta caducata, mediante la premorienza o la incapacità della persona, che aveva scelta, sembra che non avendo usato della scelta, la quale eragli stata accordata, debba per conseguenza la sostituzione in questo senso essere aperta a tutti quelli della famiglia, i quali si trovano più prossimi di grado come se la famiglia fosse stata semplicemente chiamata alla sostituzione, senza accordare scelta alcuna al gravato; è la decisione di Papiniano nella legge 67, § 3, ff. *de leg* 2. *Defuncto eo priusquam eligat, petent omnes.* Ma nella nostra giurisprudenza si presume agevolmente secondo le circostanze, massime nelle antiche case, che il diritto stato accordato dal testatore, di scegliere una persona della famiglia, cui sarebbero restituiti i beni compresi nella sostituzione, e l' autore di questa avendo avuto principalmente in mira, che non venissero divisi, si possa ammettere qualche volta il primogenito solo in esclusione de-

gli altri a raccogliere tutti i beni compresi nella sostituzione. Nel sesto volume del Giornale vi è un giudicato del 13 Luglio 1712, il quale in mancanza di scelta, e non essendovi figli maschi, ha ammessa la figlia primogenita a raccogliere sola la sostituzione.

ARTICOLO III.

Della sostituzione risultante dal divieto di alienare.

Abbiamo veduto, che il divieto di alienare fuori della famiglia conteneva qualche volta una sostituzione fidecommissaria tacita; riguardo a questa specie particolare di sostituzione bisogna esaminare: 1. quali divieti di alienare contengano una sostituzione, e in quali atti.

2. Quali specie di sostituzione contenga il divieto di alienare fuori della famiglia.

3. Quali specie di alienazione dieno apertura a questa sostituzione.

4. Quali persone sieno chiamate alla sostituzione resultante dal divieto di alienare fuori della famiglia.

§ 1. *Quali specie di divieti di alienare contengano una sostituzione, e in quali atti.*

Il divieto di alienare espresso in un testamento non contiene una sostituzione, se non se quando apparisce dal testamento, che il testatore lo ha fatto in favore di qualche altra persona fuori di quella cui il divieto vien fatto. Per esempio, se dicesi: *Io proibisco a mio figlio di alienare i beni che gli lascio, affinchè sieno conservati alla mia posterità*; o anche se dicesi: *Io lego ad un tale i miei beni, che egli non potrà alienare fuori della famiglia*, in questi casi il divieto di alienare contiene una sostituzione a prò della posterità del testatore, o a prò della famiglia del legatario; perchè il testatore ha bastantemente espresso, che intendeva far questo divieto o in favore della famiglia del legatario, o in favore della propria posterità.

Se al contrario il testatore si fosse espresso così: *Io lego ad un tale i miei beni, che gli proibisco di alienare*, questo divieto non conterrà alcun fidecommesso; perchè, essendo incerto, se sia solamente in favore del suo legatario, che ha fatto questo divieto per avvertirlo di non dilapidare quello che gli lascia, o se sia in favore di alcun altro, al quale avrebbe voluto sostituire i suoi beni nel caso, che il legatario gli alienasse, da questo divieto non si può dedurre conseguenza alcuna necessaria, che con questo divieto il testatore abbia voluto sostituire i suoi beni ad alcuno, potendosi altrimenti, e in modo plausibile interpetrare il divieto da esso fatto al suo legatario, riguardandolo come un semplice avvertimento che gli dia pel suo proprio interesse, e per conseguenza, secondo la regola da noi stabilita qui sopra, non si deve in tal caso indurre una sostituzione dal divieto di alienare fatto al legatario; ed esso non deve passare che per un semplice avvertimento, un semplice consiglio, *nudum consilium, nudum praeceptum*. È ciò che rileviamo dalla *legge* 114, § 14, *ff. de leg.* 1.

Contuttociò non è sempre necessario, onde il divieto di alienare contenga una sostituzione fidecommissaria, che il testatore abbia espresso in favore di chi faceva un tale divieto, purchè si possa in altro modo conoscere a favore di chi lo abbia voluto fare, come nel caso della legge 74, ff. *ad senat. cons. trebell.*, ove un padre si era espresso così rispetto a sua figlia: « Io ti raccomando di non disporre per testamento dei beni, che ti lascio, finchè non avrai figli »: *Mando tibi non testari, donec liberi tibi sint*. L' imperatore Severo decise, che queste parole contenevano una sostituzione fidecommissaria a prò dei collaterali di questa figlia fatta sotto la condizione, se essa non avrebbe figli. *Pronuntiavit imperator fideicommissum ex hac scriptura deberi*; per la ragione, che quantunque in questo caso il testatore non abbia espresso in favore di chi vietava a sua figlia di disporre per testamento, contuttociò egli è visibile, che lo faceva in favore dei congiunti della sua famiglia più prossimi a succedere, giacchè lo fa-

ceva soltanto pel caso, che la figlia non avesse prole, e per conseguenza pel caso, che i collaterali di sua figlia avessero interesse a che essa non facesse testamento.

Vi è egualmente luogo a sostenere, che in generale il semplice divieto di testare fatto dal testatore al suo erede o legatario, contenga una sostituzione a favore dei più prossimi congiunti di questo erede, o legatario, di quello che rimarrà dei beni del testatore a questo erede, o legatario all' epoca della sua morte, e che in questo il divieto di testare differisca dal semplice divieto di alienare. Sensibile è la ragione della differenza; nel divieto d' alienare, che il testatore ha fatto al suo erede, egli può non avere avuto in mira, che l'interesse del suo erede; non si può dunque concludere avere egli voluto fare una sostituzione; ma il divieto di testare non può concernere l' interesse di quello, cui vien fatto; esso non può concernere che l' interesse de' suoi congiunti; se ne deve dunque inferire, che comprende una sostituzione a vantaggio di questi congiunti. La legge 77, § 24, *ff. de leg.* 2, sembra contraria a questa decisione; nel caso di questa legge così si era espresso il testatore: *Mando filiae meae, pro salute sollicitus ipsius, ut, quoad liberos tollat, testamentum non faciat*. . . . A dir vero essa decide, che questo divieto di testare non produce verun fidecommesso; la risposta è, che il testatore con queste parole *pro salute sollicitus ipsius*, aveva manifestamente dichiarato essere nell' interesse della figlia, che egli facevale un tale divieto, per timore che l' erede, il quale essa istituirebbe, attentasse alla di lei vita, onde aver più presto i beni della medesima; lo che era assai comune presso i Romani, come chiaramente lo mostra il seguito della legge, che noi abbiamo citata: *Ita enim poterit sine periculo vivere*. Ma fra noi i testamenti sono segreti, nè si sono veduti esempj di simili attentati. Questa legge non può dunque avere applicazione. Bisogna convenire pertanto, che la questione va soggetta a difficoltà.

Il semplice divieto di alienare, quando il testatore non ha dimostrato in vantaggio di chi lo faceva, propriamente non si tiene, che per un semplice consiglio, *nudum praeceptum*, cui può impunemente non aderire quegli, cui è fatto; ma se il testatore avesse fatto al legatario questo divieto sotto pena della nullità del legato, che gli faceva, in tal caso il legato sarebbe fatto sotto una condizione risolutiva nel caso di alienazione, che darebbe perciò agli eredi del testatore una azione per la ripetizione della cosa legata.

Il divieto di alienare fuori della famiglia, in una donazione fra vivi, comprende esso una sostituzione a vantaggio della famiglia, come la comprenderebbe, se fosse espresso in un testamento? Ricard sulla scorta di Bartolo pensa che la ragione stessa, la quale nei testamenti fa concludere, che il testatore con questo divieto abbia voluto fare una sostituzione a prò della famiglia, debba far concludere, che nell'atto di donazione tale è stata l'intenzione delle parti contraenti.

§ 2. *Quali specie di sostituzione comprende il divieto di alienare fuori della famiglia?*

Il divieto di alienare fuori della famiglia, ed altri somiglianti divieti di alienare, che un testatore fa al suo erede, contengono una sostituzione fatta a vantaggio della famiglia, sotto la condizione, se l' erede, cui il divieto è fatto alienasse fuori della famiglia i beni contro il fattogli divieto. È questa sola alienazione, che egli ne facesse, che può dar luogo alla sostituzione, ed egli ne può validamente disporre a favore di quell' individuo della famiglia, che gli sembrerà meglio; l. 4. *Cod. de fideicomm*.

Sarebbe altrimenti, se vi fosse una sostituzione espressa a vantaggio della famiglia, sebbene accompagnata dal divieto di alienare.

In questo una tale sostituzione diversifica da quella, per mezzo della quale si sostituisce a taluno dopo la sua morte quello della famiglia, che egli ha scelto. Colui che è gravato di una tale sostituzione non può come lo abbiamo veduto nella precedente sezione, propriamente disporre dei

beni sostituiti anche verso di una persona della famiglia; e se egli lo fa, una tale disposizione non varrà, che come una scelta ch' egli farà di questa persona, alla quale i beni donati o legati deriveranno, non da esso, ma dall' autore della sostituzione. Al contrario quegli, cui si è fatto divieto di alienare fuori della famiglia, può validamente disporre a favore di una persona della famiglia dei beni, che gli è stato vietato di mettere fuori della famiglia; la persona, a favore di cui ne dispone, li riceve veramente da lui. La ragione è, che da questo divieto di alienare non risulta sostituzione alcuna, se non pel caso, in cui quegli, cui il divieto è fatto, alienasse fuori della famiglia. Questa differenza è segnalata nella legge 57, § 5, ff. *de leg.* 2.

§ 3. *Quali alienazioni danno luogo a questa sostituzione.*

Quando il testatore ha proibito al suo erede, o al suo legatario di mettere fuori della famiglia i beni, che gli ha lasciati, vi è apertura di sostituzione, allorchè a qualsivoglia titolo egli ne faccia l' alienazione. Non importa, che ciò sia a titolo oneroso, come se li vende, li permuta, o a titolo gratuito; non importa, che sia tra vivi, o per testamento, nè che sia a titolo singolare, o a titolo universale; per la qual cosa se quegli al quale è stato fatto questo divieto, fa un legato universale de' suoi beni, senza eccettuarne quelli, che gli era stato proibito di alienare, un tale legato universale, che comprende i beni, l' alienazione dei quali gli era proibita, è riguardato come una alienazione, che dà luogo alla sostituzione; è ciò che decide la l. 69 § 3., ff. *de leg.* 2. *Fratre haerede instituto petit ne domus alienaretur, sed in familia relinqueretur. Si non paruerit haeres voluntati, sed domum alienaverit, vel interea haerede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent, qui in familia fuerunt.*

Se il divieto di alienare non fosse in termini indefiniti, ma che il testatore avesse proibito al suo erede o legatario universale di mettere sua vita durante, fuori della famiglia, i beni, che gli lascia, non vi sarebbero, che le alienazioni fatte per atti fra vivi, che darebbero luogo alla sostituzione resultante da questo divieto; non vi darebbero luogo le disposizioni testamentarie, perchè esse non sono comprese nel divieto, che il testatore ha fatto al suo erede, di alienare sua vita durante, essendochè quegli, il quale dispone per testamento, non alieni, che dopo la sua morte. È la decisione della legge 38, § 3, ff. *de leg.* 3.: *Fundum a filio, quoad vixerit, vetuit, venundari, donari, pignorari; et haec verba adjecit: quod si adversus, voluntatem meam facere voluerit, fundum Titianum ad fiscum pertinere. Ita enim fiet, ut fundus Titianus de nomine vestro numquam exeat. Quaesitum est, cum vivus filius eum secundum voluntatem patris, retinuerit, an defuncto eo non ad haeredes scriptos a filio, sed ad eos qui de familia sunt, pertineat? Respondit, hoc ex voluntate defuncti colligi posse; filium quod viveret, alienare, vel pignorare non posse; testamenti autem factionem in eo fundo in extraneos etiam haeredes habiturum.*

Se quegli, cui era stato proibito di alienare durante la sua vita ha contratto dei debiti, per i quali i beni, che gli fu proibito di alienare sono stati dopo la di lui morte sequestrati e venduti, vi sarà apertura della sostituzione; perchè quantunque la vendita non abbia potuto esserne consumata durante la sua vita, si può dire che egli gli abbia alienati durante la medesima, avendo in quel tempo contratto le ipoteche, per le quali sono stati venduti; tanto più che *alienationis nomine venit hypotheca.*

La proibizione di vendere non si deve estendere alla donazione, *nec vice versa*; per la qual cosa se un testatore ha legato ad alcuno i suoi beni, o certi fondi, coll' onere di non alienarli fuori della famiglia, la donazione, che egli ne farà ad un estraneo non aprirà la sostituzione.

In qualunque modo sia concepito il divieto di alienare, esso non può comprendere le alienazioni necessarie; perciò, se quegli cui esso è fatto,

riceve il riscatto d'una rendita; se è provocato ad una licitazione, e dietro questa istanza il fondo, nel quale aveva una porzione indivisa, viene aggiudicato ad un estraneo; se è forzato a vendere in seguito di una decisione del consiglio per causa di utilità pubblica; se i fondi vengono sequestrati, e venduti in forza d' ipoteche, che egli non ha contratte, ma che lo furono o dal testatore, o dagli autori di questo; tutte queste specie di alienazioni, ed altre simili, non daranno apertura alla sostituzione.

Quando pure i fondi, dei quali mi è stato proibito di disporre fuori della famiglia, fossero sequestrati e venduti per debiti che io avessi contratti, se gli ho contratti per pagare i debiti ai creditori del testatore, la vendita si presumerà fatta per i debiti del testatore, nè farà luogo ad aprire la sostituzione; *dict. l.* 38, ff. *eod.*

Quando pure alcuni dei fondi lasciati all' erede, a condizione di non disporne fuori della famiglia, fossero stati venduti, non in forza d' un sequestro reale, ma di una vendita volontaria, e all' amichevole, nullaostante se questa vendita fosse stata fatta per pagare i debiti del testatore, e che nella di lui eredità non vi fossero stati altri mezzi per pagarli, se non che il ricorso a questa vendita, essa si avrebbe sempre a riputare per eccettuata dal divieto di alienare, e non darebbe luogo alla sostituzione; perchè il testatore colla proibizione di alienare non ha potuto, nè voluto impedire l' alienazione che potesse esser necessaria pel pagamento dei suoi debiti. È ancora la decisione della sopraccitata legge 38.

Non succede l' apertura della sostituzione risultante dal divieto, che un testatore ha fatto di disporre dei suoi beni fuori della famiglia, quando il legatario, cui sono stati legati con quest' onere, li trasmette nella sua eredità intestata ad eredi, i quali non sono della famiglia del testatore, che glieli aveva legati; perchè lasciandoli nella propria successione intestata egli non gli ha alienati; è la legge che gli aliena. È la puntuale decisione della legge 77, § 28, ff. *de leg.* 2. Nel caso di un legato fatto colla clausola *ne nomine exiret*, il giureconsulto decide, che il figlio d'uno dei legatarj avendo raccolto nella successione intestata di sua madre, la parte, che essa aveva nelle cose legate, poteva ritenerla, sebbene egli non fosse del nome del testatore; e che non vi era luogo alla sostituzione risultante da questa clausola *ne de nomine exiret.* La legge 88, § 16, ff. *de leg.* 2, non è contraria a questa decisione; perchè nel caso di questa legge non vi era una semplice proibizione di alienare fuori della famiglia, ma una sostituzione espressa a vantaggio delle sorelle dell' erede, con queste parole: *Habes filios sororum tuarum quibus relinquas.*

Quando l' erede o il legatario, cui è stato proibito di alienare fuori della famiglia, non ha venduto ad un estraneo, che dopo avere intimato tutti quelli della famiglia a comprarlo, e che tutti sono stati contumaci, Ricard, seguendo l' opinione di più dottori, decide non esservi luogo alla sostituzione a vantaggio della famiglia, essendo stato in facoltà di essa di rendersi acquirente del fondo. Io con pena mi arrenderei a quest' opinione; il divieto di alienare fuori della famiglia non vuol dire, che quegli, cui è stato fatto, sarà obbligato, allorquando vorrà alienare, di preferire gli individui della famiglia, ma significa che non potrà alienare senza dare apertura alla sostituzione.

§ 4. *Quali persone sono chiamate alla sostituzione risultante dal divieto di alienare fuori della famiglia.*

Debbono raccoglierla le persone della famiglia, che si trovano essere le più prossime di grado all'epoca della alienazione, che dà apertura alla sostituzione.

Quelli che avessero alienato le loro porzioni ad onta del divieto del testatore, non sono ammessi a raccogliere la sostituzione delle porzioni dei loro collegatari, che fossero alienate, contemporaneamente, o successivamente alle loro; esse debbono ap-

partenere per intiero a quelli, che non hanno contravvenuto al testamento; l. 77, § 27, ff. *de leg.* 2.

Ma se dopo di avere raccolto le porzioni de' miei collegatarj, che le hanno alienate i primi, io pure contravvengo al testamento, alienando la mia porzione, io non cesserò di conservare l' emolumento della sostituzione, che ho raccolta; *dict.* § 27.

SEZIONE IV.

Delle persone che possono fare sostituzioni; di quelle che vi possono essere chiamate, o ne possono essere gravate; quando e fino a quale concorrenza; e delle cose che ne possono essere il subbietto.

ARTICOLO PRIMO.

Delle persone che possono fare le sostituzioni; di quelle che vi possono essere chiamate, e ne possono essere gravate; quando e fino a quale concorrenza.

§ 1. *Delle persone che possono fare le sostituzioni.*

Le sostituzioni o sono testamentarie, o formano parte di un atto fra vivi, come un contratto di matrimonio, o una donazione, siccome lo abbiamo veduto qui sopra.

Le testamentarie possono esser fatte da tutte le persone che sono capaci di testare, e non da altre; a questo proposito veggasi il nostro *Trattato dei Testamenti*.

Quelle che formano parte d'un atto fra vivi possono esser fatte da tutti quelli, che sono capaci di donare fra vivi, e non da altri; su questo proposito vedasi il nostro *Trattato delle donazioni*.

Per la qual cosa se si domanda, se un minore avente l'età di testare, se uno straniero, possono fare una sostituzione, bisogna rispondere: il minore avente l' età di testare può fare una sostituzione testamentaria di quello, di cui gli è permesso disporre per testamento, poichè è capace di testare; ma egli non può fare una sostituzione per atto fra vivi, giacchè non è capace di donare fra vivi. *Contra* uno straniero può fare una sostituzione per atto fra vivi, sia mediante un contratto di matrimonio, sia mediante una donazione fra vivi, essendo egli capace di tali atti, ma non può fare sostituzioni testamentarie, essendo esso inabile a testare.

§ 2. *Delle persone che possono essere chiamate ad una sostituzione.*

Si deve fare la medesima distinzione. Si può chiamare ad una sostituzione testamentaria tutte le persone verso delle quali si può disporre per testamento, e non altre; a quest' oggetto si veda il nostro *Trattato dei Testamenti*.

Se la sostituzione è per atto fra i vivi, vi si possono chiamare tutti quelli, ai quali si può donare fra vivi, e non già altri; vedasi il nostro *Trattato delle Donazioni*.

Per esempio non si può chiamare uno straniero ad una sostituzione testamentaria, non essendo egli capace di ricevere per testamento; ma può essere chiamato per mezzo di una sostituzione contenuta in una donazione frà vivi, perchè egli non è incapace di ricevere per atto di donazione fra vivi.

Contra negli Statuti, i quali non permettono al marito, e alla moglie di farsi donazione fra vivi, e che loro permettono di farla testamentaria, io non potrò fare una sostituzione a vantaggio di mia moglie per mezzo di una donazione fra vivi, ma potrò chiamarla ad una sostituzione testamentaria.

Per la stessa ragione la disposizione degli Statuti, *che niuno può essere erede e legatario*, ha luogo rispetto alle sostituzioni testamentarie, le quali

non differiscono dai legati, i nostri fidecommessi in paese statutario propriamente non essendo che legati.

Colui che si è dichiarato erede non può dunque raccogliere la sostituzione testamentaria della porzione di alcuno de' suoi coeredi, alla quale fosse stato chiamato; perchè in faccia al suo coerede egli sarebbe erede, e legatario; lo che gli Statuti non permettono.

Questa decisione ha luogo, o che egli sia stato chiamato nominatamente, o che vi sia stato chiamato collettivamente *inter caeteros*.

Per esempio: una persona lascia suoi eredi tre fratelli, Pietro, Paolo, e Giovanni; egli onera Giovanni di restituire alla sua famiglia i beni che avrà avuti dalla eredità; Giovanni si muore il primo senza prole; Pietro e Paolo suoi fratelli, che sono i più prossimi della famiglia, non potranno raccogliere la sostituzione, perchè essendo stati eredi non possono essere legatarj della porzione del loro coerede, veruno potendo essere erede e legatario. La sostituzione sarà ella deferita ai congiunti di grado ulteriore? Non lo penso; non essendo in favore dei congiunti di un grado ulteriore, che l'erede non può essere legatario; è in favore de' suoi coeredi, e soltanto in faccia a questi, che egli non può esserlo; questa disposizione statutaria *veruno può essere erede e legatario* non è fatta che per mantenere l'eguaglianza, che i nostri Statuti hanno voluto porre fra i coeredi; è una collazione nella massa comune, alla quale essa sottopone l'erede; per la qual cosa Pietro, e Paolo trovandosi essere i più prossimi della famiglia in questo caso, per raccogliere la sostituzione di Giovanni, a cui è stata chiamata la famiglia, verso di essi una tale sostituzione si apre; ma essi ne confondono l'effetto per il rapporto che sono obbligati di fare a Giovanni, o, ciò che torna lo stesso, alla di lui eredità che rappresenta Giovanni.

Se tutti gli eredi fossero vicendevolmente gravati di sostituzione dopo la loro morte, sarebbe ella valida questa sostituzione? I superstiti, che si sono dichiarati eredi del defunto, potrebbero raccogliere la sostituzione di quello, che venisse a morte pel primo? Per l' affermativa può dirsi, che le disposizioni statutarie, le quali portano che niuno può essere erede e legatario, come noi l' osservammo, non essendo fatte che per conservare la eguaglianza fra i coeredi, questa sostituzione reciproca non è contraria allo spirito di cotali disposizioni testamentarie, giacchè essendo tutti gravati egualmente gli uni verso degli altri, non può dirsi che uno abbia più vantaggi dell' altro. Contuttociò bisogna decidere, che questa sostituzione non può avere effetto; la eguaglianza dai nostri Statuti desiderata non è una eguaglianza consistente in conguagli separati, è un' eguaglianza di possesso; essi non vogliono che uno degli eredi abbia a titolo di legato qualche cosa della porzione dell' altro; essi non permettono dunque, che i coeredi superstiti prendano la porzione de' loro coeredi predefunti in forza di una disposizione testamentaria. Di questa opinione è Ricard.

§ 3. *Delle persone, che possono essere gravate di sostituzione.*

Tutti quelli, ai quali il testatore ha lasciato qualche cosa per mezzo di qualunque siasi disposizione testamentaria, o a titolo d' istituzione di erede, nei paesi in cui essa ha luogo, o a titolo di legato universale, o particolare, o di sostituzione universale, o particolare, possono in conseguenza essere dal testatore gravati di sostituzione.

Noi possiamo anche gravare di sostituzione i nostri debitori per quello, che essi ci debbono; perchè in tale caso presumesi, che noi ne leghiamo loro la liberazione, ed in conseguenza di questo legato di liberazione li graviamo di sostituzione; l. 77, ff. *de leg.* 1°; l. 37, § 3, ff. *de leg.* 3.

Noi possiamo pure gravare di sostituzione i nostri eredi *ab intestato*; perchè si presume, che noi abbiamo lasciato loro, e che essi ricevono da noi tutto ciò, che potevano loro togliere per mezzo delle disposizioni che le leggi ci permettevano di fare. *Sciendum est autem,*

eorum fidei committere quem posse, ad quos aliquid per venturum est morte ejus; vel dum eis datur, vel dum eis non adimitur; l. 1. § 6, ff. *de leg.* 3.

Noi possiamo gravare di sostituzione anche gli eredi di queste persone, o quelli, che devono profittare di ciò, che noi abbiamo lasciato loro, purchè sia nella loro qualità di eredi, o nella qualità, in cui devono profittare di ciò, che noi abbiamo lasciato.

Per esempio, se io mi esprimo così: *Io onero l'erede del mio erede di restituire, tre anni dopo la morte del mio erede, i beni della mia eredità ad un tale*, oppure *io onero quello, che sarà il marito della mia erede, ed in comunione di beni con essa, di restituire ad un tale quel che de' miei beni sarà entrato nella sua comunione*, la sostituzione sarà valida.

Se io avessi gravato di sostituzione nel proprio suo nome alcuno cui nulla ho lasciato, quantunque in appresso egli divenisse erede o marito in comunione di beni colla mia erede, la sostituzione non sarebbe meno nulla, *quoniam qui fortuito non judicio testatoris consequitur haereditatem, non debet onerari; ne cui nihil dederis, eum rogando obliges.*

Finalmente si possono gravare di sostituzione quelli, ai quali si è data, o assicurata una qualche cosa, o per contratto di matrimonio, o per titolo universale, come per una istituzione o sostituzione contrattuale, o a titolo particolare, oppure fuori del contratto di matrimonio per donazione fra vivi.

Ma se essendomi stati lasciati, o donati certi beni coll' onere di restituirli a quello della famiglia, che fossi per isceglière, ho scelto Pietro, per ragione di questa scelta io non posso gravare Pietro di alcuna sostituzione; perchè con essa io nulla gli ho dato siccome di sopra vedemmo.

§ 4. *In qual tempo noi possiamo gravare alcuno di sostituzione.*

A questo proposito vi è una grande differenza fra le sostituzioni, delle quali noi graviamo i nostri eredi *ab intestato*, o quelli cui abbiamo lasciata qualche cosa per testamento, e quelle delle quali noi graviamo coloro, cui abbiamo dato o assicurato qualche cosa mediante un contratto di matrimonio, o una donazione fra vivi.

Queste non si possono fare, che nel contratto di matrimonio, il quale contiene la donazione o la istituzione contrattuale, mentre, che fino alla morte noi possiamo sempre fare le altre.

La ragione della diversità si è, che le disposizioni testamentarie essendo di natura loro rivocabili, noi possiamo diminuirle, onerando di sostituzione quelli, a favore dei quali abbiamo disposto, tali disposizioni non essendo d' impedimento, che rimangano a noi i beni, de' quali abbiamo disposto; quelli, a favore dei quali le disposizioni sono state fatte, non potendo acquistarvi alcun diritto se non se dopo la nostra morte, non ci impediscono di poterne nuovamente disporre col mezzo delle sostituzioni. Al contrario, la donazione fra vivi essendo di natura sua irrevocabile, una volta che abbia essa ricevuta la sua perfezione, non può più il donante diminuirne l' effetto coll' imporre degli oneri al donatario; colla donazione la proprietà della cosa donata essendo stata irrevocabilmente trasferita nel donatario, il donante non può più disporre per mezzo di sostituzioni delle cose, le quali più non gli appartengono.

La nuova Ordinanza, *art.* 10, conferma questi principj, sebbene essi non abbisognassero di conferma, essendo attinti alla natura stessa della cosa. Essa ordina, che i beni donati per contratto di matrimonio, o donazione fra i vivi, senz' alcun' onere di sostituzione, non possono esserne gravati con una disposizione particolare.

Siccome la nullità della sostituzione, che venisse fissata da una disposizione posteriore, deriva dalla mancanza di facoltà nel donante di disporre dei beni i quali hanno cessato di appartenergli, nulla importa, che essa sia espressa; per la qual cosa la Ordinanza, *art.* 13, dichiara che sarà nulla, ancorchè comprenda espressamente i beni donati.

Parimenti non importa, che il donatario fra i vivi sia così gravato di sostituzione, per mezzo di una di-

sposizione posteriore alla donazione, nè a vantaggio di chi sia fatta la sostituzione; laonde l'Ordinanza al detto articolo dichiara nulle queste sostituzioni fatte con una disposizione posteriore alla donazione fra i vivi, ancorchè questa sia stata fatta da un padre ai proprj figli, e che sia stata fatta a favore dei figli del donante, o del donatario; perchè un padre non conserva sopra ciò che ha donato fra i vivi ai suoi figli diritto maggiore di quello, che conserverebbe sulle cose donate ad un estraneo; e non avendovi più diritto, non può altrimenti disporne; egli non lo può più a vantaggio dei figli di quello, cui ha donato, che di qualsivoglia altra persona.

Da questa regola bisogna eccettuare pertanto le donazioni, che in paesi di diritto scritto un padre avesse fatte ad alcuno de'suoi figli, che fosse sotto la sua potestà; queste donazioni non sono propriamente fra i vivi; esse non si confermano, che colla morte del padre; non trasferiscono al figlio donatario una vera proprietà delle cose donate; egli non le possiede, che come appartenenti a suo padre, e di cui il padre per conseguenza può disporre per mezzo di sostituzione, fintantochè il figlio rimane sotto la sua potestà. L'Ordinanza, *art.* 18, ne fa l'eccezione.

Essa fa la stessa eccezione rispetto alle donazioni fra marito e moglie. Nei paesi di diritto scritto queste donazioni non si confermano, che colla morte del donante, nè fino a questo tempo sono irrevocabili, donde si ha da concludere, che il donante può sempre gravare di sostituzione i beni in questa guisa donati.

Quando una donazione fra vivi è fatta per contratto di matrimonio, prima della Ordinanza il donante poteva in essa riservarsi la facoltà di gravare di sostituzione i beni donati, e per conseguenza le sostituzioni, che faceva dopo la donazione per mezzo di atti posteriori erano valide. La ragione è, che il favore dei contratti di matrimonio rendendoli suscettibili di ogni specie di convenzione, le donazioni fra i vivi che vi sono contenute non sono sottoposte alle regole ordinarie. La regola *non vale donare e ritenere* non vi è osservata, secondochè si è veduto nel *Trattato delle Donazioni*.

Donde segue dovere esser permesso a colui che dona mediante contratto di matrimonio di riservarsi nella donazione la facoltà di gravare di sostituzione i beni donati.

Contuttociò al legislatore è piaciuto dichiarare nulle queste sorte di riserve, senza pregiudizio di quelle che fossero state fatte per mezzo di atti anteriori alla promulgazione della Ordinanza.

A dir vero, il donante non può gravare di sostituzioni i beni, che ha donato fra vivi, con una disposizione posteriore alla donazione, in conseguenza della sola donazione che ne ha fatta; ma qualora eserciti una nuova liberalità a favore del donatario, se gli dona o lascia altre cose, oltre quelle, che gli ha precedentemente donate, in conseguenza di questa nuova liberalità egli può gravare di sostituzione anche i beni donati precedentemente, come ne potrebbe gravare gli altri beni di quello, cui la ha fatta; perchè alla sua nuova liberalità egli può apporre quell' onere, e quella condizione, che più gli piace; e per conseguenza vi può apporre per onere, e per condizione la sostituzione dei beni donati precedentemente. Spetta al donatario il vedere, se vuole accettare, con quest' onere, la nuova donazione o disposizione, che gli è fatta; e una volta, ch' egli abbia accettata con quest' onere, non può più sottrarvisi, anche attenendosi alla prima donazione, e offrendo di restituire i beni compresi nella seconda disposizione con i frutti; *art.* 16.

Del resto, siccome questa sostituzione dei beni compresi nella prima donazione non vale, che come un onere della seconda, essa non ha effetto, che dal giorno, in cui il donatario avrà accettato la seconda, o ne avrà fatta decretare l' esecuzione a proprio vantaggio; *art.* 17.

§ 5. *Fino a qual concorrenza possiamo gravare alcuno di sostituzione?*

La regola è, che non si può gravare di sostituzione alcuno, se non

che fino a concorrenza di ciò, che ha ricevuto dall'autore della sostituzione medesima: *Placet non plus posse rogari quam restituere, quam quantum ei relictum est*; *l.* 14, § 3, *in fine ff. de leg.* 1.

Del resto in ciò, che noi siamo presunti avere donato o lasciato ad alcuno si comprendono anche i frutti percetti da esso fino all' apertura della sostituzione, e per conseguenza le usure delle somme donate delle quali ha goduto fino al detto tempo: *Arg. dict. leg.* 114, § 3. *in fine*, ff. *de leg.* 1.

Riguardo al godimento, che il gravato ha avuto dopo l'apertura della sostituzione, durante il tempo, che il sostituito ha indugiato a promuovere la domanda di rilascio, esso non si conta, perchè è dovuto piuttosto alla negligenza del sostituito, che all'autore della sostituzione: *Negligentia petentis, non judicio defuncti percepti videntur.*

Ne' paesi di diritto scritto l'erede o istituito, o *ab intestato*, se l' autore della sostituzione non lo ha vietato espressamente, può far deduzione o della quarta falcidia, se si tratta di sostituzioni singolari, o della quarta trebellianica, trattandosi di sostituzioni universali, quando cotali sostituzioni assorbiscono la quarta.

Nei nostri paesi statutarii tali deduzioni di quarte non sono in uso, ma i nostri Statuti conservano ai nostri eredi legittimi certe porzioni nei beni ereditarii, le quali non sono capaci di alcuna sostituzione in loro nocumento, è che a quest' effetto diconsi *riserva statutaria.*

Negli Statuti di Parigi e d'Orleans questa riserva consiste in quattro quinti dei proprii. Nel nostro Statuto lo erede gravato di sostituzione può ritenere questi quattro quinti, abbandonando al sostituito il rimanente dei beni, e i frutti di questo rimanente.

Un figlio gravato di sostituzione può egualmente domandare la distrazione a proprio favore della legittima libera da ogni onere di sostituzione sopra i beni sostituiti, se egli non è compensato in altro modo; ed egli non è obbligato a compensare ciò che per la propria legittima ha distratto dei beni sostituiti, coi frutti, che percipera della porzione sottoposta alla sostituzione fino alla di lei apertura. Così è stato giudicato con sentenza del 1704, riportata da Augeard, ed è conforme ad una legge romana.

ARTICOLO II.

Delle cose che possono esser subietto di sostituzione.

Colla sostituzione si può disporre dell'universalità dei beni, o di una porzione di questa universalità; e sono le sostituzioni universali.

Esse sono o pure e semplici, come quando si grava puramente o semplicemente il suo erede, o altro successore, a titolo universale, di restituire dopo la sua morte i beni, che gli sono stati donati, o lasciati; oppure esse sono fatte sotto certe limitazioni, come quando viene onerato di restituire ciò, che gliene sarà rimasto, o ciò che sarà in natura.

Si può pure disporre per mezzo di sostituzione delle cose singolari.

§ 1. *Delle cose, di cui sono composte le sostituzioni universali pure, e semplici.*

Le sostituzioni universali sono composte di tutte le cose tanto mobili, che immobili, nelle quali è succeduto quegli che è gravato.

Ma fra i mobili, e gl' immobili vi è questa differenza, che questi sono compresi nella sostituzione per essere restituiti in natura all' epoca della di lei apertura; mentre che i mobili vi sono compresi per esser venduti, e per rinvestirne il prezzo in fondi, o rendite, le quali saranno compreso nella sostituzione invece dei detti mobili, come più diffusamente vedremo nella seguente sezione, ove osserveremo pure le eccezioni a questa regola rispetto a certi mobili che possono essere conservati in natura. Nella sostituzione universale non solamente sono comprese le cose, nelle quali il gravato è succeduto immediatamente all' autore della sostituzione, ma anche quelle, delle quali è divenuto proprietario in appresso, in forza di qualche diritto, nel quale egli sia

succeduto all' autore della sostituzione.

Per esempio, se l'autore della sostituzione avesse comprato un fondo o qualche altra cosa, e fosse morto prima, che essa gli fosse stata consegnata, una tal cosa che dopo la sua morte sarà stata consegnata al suo erede gravato di sostituzione, verrà compresa in questa; perchè quantunque in una tal cosa l' erede non sia succeduto immediatamente all' autore della sostituzione, egli è succeduto nel diritto risultante dal contratto di vendita, in forza del quale gli è stata consegnata.

Per la ragione stessa, se l' autore della sostituzione ha venduto il suo fondo, e questa vendita andasse soggetta a rescissione per causa di lesione d'oltre la metà, o qualunque altra, o se ha venduto questo fondo con facoltà di ricompra, l'erede gravato di sostituzione ritornandone al possesso o in forza dell' azione rescissoria, o della clausola di ricompra, tal fondo sarà compreso nella sostituzione, perchè se egli non è succeduto nel fondo stesso immediatamente, è succeduto nell'azione rescissoria, o di ricompra, in forza di cui ne è tornato al possesso.

Per la stessa ragione, se l' erede gravato di sostituzione è rientrato in un fondo, atteso il non effettuato pagamento del prezzo pel quale l'autore della sostituzione lo aveva venduto, o atteso la mancanza di pagamento degli interessi di una rendita reale, che l'autore della sostituzione aveva a percipere, o per lo spirare di un affitto a lungo tempo, che dall'autore della sostituzione, o da' suoi autori ne era stato fatto; in tutti questi casi un tal fondo sarà compreso nella sostituzione, perchè l'erede gravato è succeduto all'autore della sostituzione nel diritto, mediante il quale è rientrato nel possesso del fondo.

Per la medesima ragione, se all'epoca della sua morte l' autore della sostituzione possedeva un fondo, del quale non era proprietario, per averlo acquistato *a non domino*, cotale fondo, del quale il suo erede gravato di sostituzione sarà divenuto proprietario per il lasso del tempo della prescrizione, sarà compreso nella sostituzione; perchè se questo erede non è succeduto all'autore della sostituzione nella proprietà di questo fondo, che egli non aveva ancora, è però succeduto nei diritti risultanti dal suo possesso, e dal suo acquisto in forza de'quali lo ha acquistato per prescrizione; lo che basta.

Per la ragione stessa, se l' autore della sostituzione non era proprietario, che di una porzione indivisa di un fondo, e il suo erede gravato di sostituzione, mediante licitazione, sia divenuto proprietario del totale, nella sostituzione sarà compreso il totale; perchè il diritto di licitare, e di acquistare per mezzo di licitazione le porzioni dei comproprietarii, era annesso alla porzione indivisa, nella quale l'erede gravato è succeduto all'autore della sostituzione; e per conseguenza può dirsi esser egli proprietario del totale in forza di un diritto, nel quale è succeduto. Sarebbe lo stesso, se i comproprietarii gli avessero venduto la loro porzione senza licitazione, tali vendite tenendo luogo di licitazione.

Del resto tutte queste cose, di cui l' erede gravato è divenuto proprietario in forza di un diritto, nel quale è succeduto, non sono comprese nella sostituzione, che coll'onere al sostituito di rimborsare il gravato di ciò, che ha sborsato per averle, all'epoca della restituzione dei beni sostituiti. Le cose, che per il gravato tengono vece di quelle comprese nella sostituzione, e che hanno cessato di esserlo, sono comprese nella sostituzione invece di quelle; tali sono: 1. I fondi, e rendite, che sono state acquistate per rinvestimento, sì di danari trovati nella successione dell'autore della sostituzione, che di quelli ricevuti dai debitori della medesima, o provenuti dalla vendita degli effetti mobiliari; questi fondi, e rendite sono compresi nella sostituzione, invece dei denari, ed effetti mobiliari, i quali cessano di esservi compresi, in conseguenza della loro conversione nei detti fondi o rendite; ma il gravato non si potrebbe ammettere a ritenere i detti fondi, o rendite, offrendo le somme erogate nel rinvestimen-

to; perchè mediante questo, ciò che è compreso nella sostituzione non consiste più nelle somme, ma nei detti fondi, o rendite.

2°. Tali sono le somme, che l'erede gravato ha ricevute per il prezzo dell'alienazione compresa nella sostituzione, come per il prezzo di una licitazione, o d'una vendita d'un fondo, che si è dovuta fare per ordine superiore, per qualche cagione di pubblica utilità, o per il prezzo del riscatto d' una rendita redimibile, o pel rimborso del prezzo d'una carica, che è stata soppressa, o che si fu obbligati a vendere; in tutti questi casi cessando le rendite di essere comprese nella sostituzione a cagione del loro riscatto ed estinzione, le cariche in forza della loro soppressione o alienazione, i fondi a cagione dell'alienazione necessaria che ne è stata fatta; le somme ricevute in prezzo delle dette rendite, cariche, o fondi vi sono comprese invece di questi, ma solo fintantochè ne venga fatto impiego in fondi, o rendite, nel qual caso sono questi fondi, o rendite, che vi vengono comprese in loro vece.

3°. Tal è il fondo stato rilasciato dal possessore per la rendita reale compresa nella sostituzione; questa rendita estinguendosi col rilascio, cessa d'essere compresa nella sostituzione, deve esservi compreso in sua vece il fondo rilasciato, che ne tien luogo.

Laonde il sostituito all'epoca dell'apertura della sostituzione non può domandare altro, che questo fondo rilasciato; ma il gravato non sarebbe ammissibile a ricevere il fondo, offrendo di continuare la rendita reale; perchè questa essendo rimasta estinta col rilascio del fondo, non è più la rendita, ma il fondo, che è compreso nella sostituzione.

Non sarebbe così, se il gravato avesse volontariamente acquistato il fondo soggetto alla rendita reale. Siccome egli non può col fatto proprio cambiare l'oggetto della sostituzione, è sempre la rendita reale, che resta in essa compresa, e non già il fondo. Egli è vero, che fino all' apertura della sostituzione questa rendita reale è come estinta a cagione della consolidazione della rendita col fondo, non potendo l'erede avere un diritto di rendita reale sopra un fondo di sua pertinenza; ma l' effetto di questa consolidazione cessa per l'apertura della sostituzione, e la rendita reale rivive a prò del sostituito.

Ciò che si riunisce ai beni sostituiti è pure compreso nella sostituzione universale.

Per la qual cosa, se io aveva tre eredi, Pietro, Paolo, e Giovanni, ed ho sostituito Giacomo alla porzione di Giovanni, dopo la sua morte, Pietro e Paolo avendo ripudiato, le loro porzioni, che accresceranno quella di Giovanni, saranno comprese nella sostituzione; perchè io ho sostituito Giacomo all' intiero diritto di Giovanni; ho sostituito a prò di lui la porzione di Giovanni, *quanta esset*, e per conseguenza cogli accrescimenti tutti, dei quali era suscettibile.

Non sarebbe così, se io avessi sostituito Giacomo nel terzo dei miei beni, cui doveva succedere Giovanni; perchè avendo determinata al terzo la porzione, per la quale io sostituiva Giacomo e Giovanni, essa non può esser diversa dal terzo.

Tutto ciò che per unione sostanziale, o naturale, o industriale, è unito alle cose particolari componenti i beni sostituiti, fa egualmente parte della sostituzione, siccome ciò che per alluvione è accresciuto a qualche fondo, o ciò che l' erede gravato di sostituzione ha edificato sul terreno sostituito, coll'onere in questo caso al sostituito di rimborsare il gravato delle spese fino a concorrenza dell' aumento di prezzo sopravvenuto nella cosa.

Altrimenti si ha da dire della unione civile. Per esempio, se l'erede gravato ha acquistato un fondo dipendente feudalmente, o censualmente da un feudo dell'eredità; quantunque con questo acquisto il feudo venga riunito a quello ereditario, contuttociò siccome questa unione non è che civile, e non si fa che in quanto alla feudalità, ed alla dipendenza, e questo fondo acquistato rimane sostanzialmente distinto da quello ereditario, non è presunto farne parte, e perciò non è compreso nella sostituzione.

Egli è lo stesso della unione di semplice destinazione. Se l'erede gravato ha acquistato un appezzamento di terra compreso in un podere della eredità, e l'ha riunito a questo podere, facendolo coltivare, o affittandolo insieme, questo appezzamento di terreno riunito in questo modo non sarà perciò compreso nei beni della sostituzione, questa riunione non essendo, che di semplice destinazione, e quest'appezzamento di terra, quando pure vi fossero state confuse le antiche terre, rimanendo sempre sostanzialmente distinto dagli altri appezzamenti del podere ereditario.

I frutti nati o percetti dall' erede gravato, fino all'apertura della sostituzione, non vi sono compresi, a menochè lo abbia specialmente ordinato l'autore della sostituzione; l. 57, ff. *ad senat. cons. trebell.*

La ragione è, che il tempo della apertura della sostituzione sembra essere stato posto in favore dell'erede gravato, e per accordargli il libero godimento dei beni sostituiti sino a questo tempo.

Questa regola comprende tutti i frutti di qualsiasi specie, i frutti naturali, come gl' industriali, i frutti civili, come gl'interessi delle rendite; i diritti di giustizia, come le ammende; gli utili dei feudi, come sono i diritti feudali, e censuali.

Secondo questi principii i fondi situati nel territorio giurisdizionale della eredità, che l'erede gravato di sostituzione avesse acquistati in forza dei diritti di confisca, o di albinaggio nati dopo la morte dell' autore della sostituzione, e prima dell'apertura, non sono compresi nella sostituzione; perchè questi diritti di albinaggio, e di confisca sono frutti giurisdizionali, i quali comecchè nati nel detto tempo spettano incontrastabilmente all'erede gravato, e non sono compresi nella sostituzione, nè per conseguenza i fondi acquistati dallo erede in forza di questi diritti.

Se il feudo dipendente da un dominio della eredità è caduto in confisca a cagione di rifiutato omaggio, o di fellonia commessa verso l'erede gravato di sostituzione, questo feudo sarà egli compreso nella sostituzione? Non si può dire, che i diritti di confisca sieno frutti del feudo, giacchè tali diritti sono inseparabili dalla qualità di proprietario, di signore del feudo, nè possono mai appartenere ad un semplice usufruttuario; contuttociò io opinerei che il feudo confiscato per negato omaggio, o per fellonia non sarebbe compreso nella sostituzione, avvegnachè il dominio nel quale l'erede è succeduto, non è che la causa remota, *causa remota*, dello acquisto da esso fatto del feudo confiscato; la causa prossima dello acquisto è il delitto commesso verso di lui; è da questo delitto che ha preso origine il diritto, in forza del quale egli ha esercitata la confisca; tale diritto nato dal delitto è un diritto pervenutogli dopo la successione; non è un diritto, nel quale sia succeduto, e per conseguenza non avendo acquistato il feudo confiscato in forza di un diritto nel quale sia succeduto, questo feudo non deve essere compreso nella sostituzione; d'altronde la confisca avendo luogo in linea di riparazione della ingiuria risultante dalla fellonia, o dal ricusato omaggio, quest'erede gravato solo avendo sofferta la ingiuria, deve solo profittare della riparazione.

Che si ha da dire dei feudi dallo erede gravato ricuperati per mezzo del retratto feudale? Secondo la dottrina di Molineo, e la giurisprudenza antica il diritto di retratto feudale essendo quello di riunire al dominio diretto i feudi, che ne dipendono, quando vengono venduti, bisognerebbe supporre, che i feudi così ricuperati facciano parte dei beni sostituiti, come il feudo principale, cui sono riuniti, e che in conseguenza debbano essere restituiti al sostituito, purchè egli offra il rimborso di ciò che è costato il retratto. Ma in seguito la giurisprudenza avendo considerato il diritto di retratto feudale come un semplice utile feudale, e come il diritto di profittare di un contratto vantaggioso, in oggi si potrebbe forse decidere, che il feudo ricuperato per mezzo di retratto feudale dall' erede gravato di sostituzione, deve rimanergli, e non essere in essa compreso. Ciò soffre difficoltà.

Ma rispetto al semplice diritto di ricusa è cosa indubitata, che il fondo acquistato dall'erede gravato, mediante un diritto di ricusa dipendente dalla eredità, gli appartiene irrevocabilmente, e non è compreso nella sostituzione, purchè la vendita del fondo che ha dato apertura al diritto di ricusa, sia stata fatta dopo la morte dell' autore della sostituzione; perchè conviene ben distinguere il fondo del diritto di ricusa, nel quale l'erede è succeduto, e che fa parte dei beni sostituiti, dalle azioni, che ne nascono all' epoca delle vendite de' fondi soggetti a questo diritto: queste azioni sono i frutti del fondo del diritto di ricusa, e per conseguenza il fondo acquistato mediante quest' azione gli appartiene irrevocabilmente.

Se la vendita, che ha dato luogo al diritto di ricusa è stata fatta vivente l' autore della sostituzione, questi avendo acquistata l'azione, ed essendosi trovata nella eredità di esso, l' erede che l' ha esercitata ha acquistato il fondo in forza di un' azione, che era nella eredità, e faceva parte dei beni sostituiti, e per conseguenza il fondo dev' essere compreso nella costituzione.

I frutti dei beni sostituiti percetti dall'erede gravato gli appartengono, quando pure fossero i frutti d' un gran numero di anni, come un taglio di alberi, e per quanto poco tempo sia decorso dalla morte del defunto sino all' apertura della sostituzione; perchè i frutti non gli appartengono in proporzione del tempo, ch' egli ha diritto di godere dei beni sostituiti, ma egli ha dritto su tutti quelli, che sono da percipere durante tal tempo. Se durante questo tempo non ve ne sono, egli non avrà nulla; se ve ne sono molti, egli ne profitterà.

Questi frutti spettano all' erede gravato di sostituzione, quando pure alla epoca della morte fossero giunti a maturità, purchè il defunto sia morto prima di averli percetti, e l'erede non è obbligato a rendere conto alla successione delle spese di opere, e semente; perchè egli percipendo questi frutti nella sua qualità di erede, facendo le spese di queste opere, e semente a ragione di detti frutti il defunto non ha potuto obbligare verso di se il suo erede, poichè in questa qualità egli è presunto essere una medesima persona col defunto, nè si può contrarre una obbligazione con se medesimo.

Se i frutti sono nati, o sono stati percetti prima della morte essi fanno parte dei beni ereditarj, e perciò sono compresi nella sostituzione al modo stesso degli altri effetti mobiliari.

I fitti essendo dovuti per ragione dei frutti, se all' epoca della morte la raccolta fosse fatta quantunque il fitto non fosse ancora scaduto, essa farà parte dei beni della eredità, ed in conseguenza dei beni della sostituzione; che se il defunto è morto innanzi la raccolta, il fitto spetterà allo erede irrevocabilmente, e non farà parte della sostituzione.

§ 2. *Delle cose di cui si deve far deduzione, e tener conto al gravato sopra i beni sostituiti nelle sostituzioni universali.*

1.° Il gravato di una sostituzione universale può ritenere sopra i beni sostituiti tutto ciò, che ha pagato per i debiti della eredità.

Contuttociò bisogna eccettuare gli interessi delle rendite, e le usure decorse dalla morte dell' autore della sostituzione in poi, per tutta la durata del tempo, che il gravato ha goduto dei beni sostituiti; perchè gli interessi, e le usure sono gli oneri di questo godimento.

Al gravato deesi pure tener conto delle somme, che il defunto gli doveva: coll' accettazione da esso fatta della sostituzione si presume, che egli abbiale pagate a se stesso: *Aditio haereditatis pro solutione est.* Frattanto l'estinzione, e la confusione, che si sono fatte del suo credito non gli costano meno, che se l' avesse pagato ad un terzo, cui fosse stato dovuto. È la decisione della legge 104, *in fine*, ff. *de leg.* 1.

Se l' erede gravato avesse transatto coi creditori della eredità acquistando per una minor somma i loro crediti, o se per qualche considerazione personale essi gli avessero fatto qualche remissione, potrebbe egli ritenere la totalità dei detti crediti, e non solo la somma, che avesse pagata.

2°. Si deve pure menar buono al gravato tutto quello, che egli ha pagato per gli oneri della eredità, quali sono:

1. Le spese funerarie del defunto:

2. Il pagamento dei legati particolari:

3. Le spese d' inventario, apposizione di sigilli, e di vendita:

4. Il registro del testamento:

5. Le spese fatte per la sostituzione, e il pagamento dei dritti dovuti a motivo della sostituzione.

Riguardo ai dritti di riscatto, che l' erede gravato ha pagati per i feudi della successione, non si deve tenergliene conto, a meno che nella sostituzione egli non fosse onerato di restituire i beni ereditarj con i frutti; perchè i diritti di riscatto non sono un onere della successione; il diritto di riscatto dovuto per un fondo ereditario è bene un onere reale di questo fondo, ma gli oneri reali dei fondi sono oneri del godimento, e perciò devono essere soddisfatti dall' erede gravato cui esso compete. Tanto più deve egli pagare i dritti di riscatto, in quanto, che sono essi principalmente dovuti per la investitura del feudo, la quale gli è personale; laonde non può esservi dubbio, che questo riscatto sia suo proprio debito, e non un onere della successione. Egli è lo stesso del diritto dell' un per cento; lo erede non può ritenerlo: egli ne è debitore in proprio, essendo una tassa imposta sopra di lui in considerazione del vantaggio, che ritrae della eredità.

3. Finalmente, si deve tener conto al gravato di tutte le spese fatte per l' utile della eredità.

Contuttociò bisogna distinguere il semplice mantenimento dalle spese grosse; non gli vengono menate buone tutte le spese fatte da esso pel semplice mantenimento, perchè sono gli oneri del godimento, che esso ha avuto dei beni ereditarj; queste spese di mantenimento sono tutte le riparazioni fatte agli edifizj, ad eccezione delle grosse, le quali sono la ricostruzione dei quattro muri grossi, il ristauro dei tetti per intiero, le volte, e i travi.

Sono pure spese di semplice mantenimento quelle fatte per concimare i terreni, guarnire di pali le vigne, piantare nuove viti nel luogo delle vecchie, piantare degli alberi in luogo di quelli, che son morti.

Riguardo alle grosse spese, che non sono di semplice mantenimento, esse sono o necessarie, o semplicemente utili, o puramente voluttuose.

Le necessarie sono quelle indispensabili alla conservazione, o all' uso della cosa: *Impensae necessarie sunt, quae si factae non sint, res aut peritura, aut deterior factura sit*; l. 79, *ff. de verb. signif.* come ricostruire una capanna, una stalla in un podere, ristabilire il tetto di una casa, formare un argine, onde impedire, che il torrente porti via la terra.

Le utili sono quelle, che si potevano tralasciar di fare, ma che fatte rendono maggiore il prezzo d' un fondo, come la piantata di un bosco, la costruzione d' un molino, d' una colombaja ec.

Le voluttuose sono quelle tendenti al diletto, e all' adornamento del fondo, su cui sono fatte, senza renderne il prezzo maggiore, come gli specchi, i soffitti, le pitture, di cui si adornasse un castello.

Vi sono delle spese, le quali sono puramente voluttuose o utili, secondo i luoghi, nei quali sono fatte. Per esempio, quelle sopra riferite, venendo fatte alla campagna in un castello, sono puramente voluttuose, perchè non aumentano il prezzo del terreno; ma se fossero fatte in una casa di Parigi, sarebbero utili in ciò che servirebbero ad aumentare il fitto della casa; e la renderebbero per conseguenza di un prezzo maggiore.

Si deve tener conto al gravato di tutto ciò, che egli ha speso in ispese necessarie, purchè sieno state occasionate o dalla vetustà, o da un caso fortuito, e non da mancanza di mantenimento, del quale egli è responsabile, purchè però quello, che egli vi ha speso fosse tale, che lo avrebbe speso anche il più savio amministratore; perchè se per non essersi consigliato egli ha pagato agli operaj molto più del dovere, egli solo deve sopportare la perdita di quello che ha pagato di più per propria colpa.

Del resto si deve menargli buono

tuttociò, che gli sono costate le spese necessarie, quando anche esse non avessero avuto durata, e fossero state distrutte per un caso fortuito. Per esempio: se egli ha ricostruito una capanna, che dopo è stata arsa dal fulmine, non si potrà negare di rimborsarlo di quel, che ha speso in tale ricostruzione.

In ciò le spese necessarie differiscono dalle utili; perchè rispetto a queste il gravato non può domandare, che gli venga menato buono indefinitamente tuttociò, che ha speso, ma soltanto fino a concorrenza dell' aumento di prezzo sopravvenuto nel fondo a ragione di dette spese, nel tempo della sostituzione.

Rispetto alle voluttuose, siccome esse non aumentano il prezzo del fondo, sul quale sono state fatte, il gravato non può domandare al sostituito di menargliene buone; ma deve essere permesso al gravato di rimuovere a spese proprie ciò, che può rimuoversi riponendo le cose nel pristino loro stato.

Fra le spese fatte per i beni della eredità, le quali si devono menar buone al gravato, si possono pure comprendere le spese delle liti che è stato obbligato a sostenere per i beni ereditarj; ma onde gli vengano menate buone, fa d'uopo: 1.° che la lite abbia avuto per oggetto di conservare i beni alla eredità e alla sostituzione; *puta* se fosse questione della proprietà di qualche fondo, o di qualche diritto che si pretendesse non appartenere alla eredità. Che se questa lite avesse per oggetto di conservarli alla persona dell' erede, come se gli fosse stata disputata la sua qualità di erede, nulla egli potrebbe pretendere delle spese della lite; essendo questa stata sostenuta per sè, piuttostochè per la eredita.

2.° Bisogna che le spese della lite da esso sostenuta per la eredità sieno considerevolissime; perchè se fossero molto tenui devono essere tenute siccome oneri del godimento dei beni, che ha avuto l' erede gravato.

Quando i frutti dei fondi soggetti alla sostituzione si sono trovati pendenti all' epoca dell' apertura di questa, e in conseguenza vengono raccolti dal sostituito, al gravato deve essere fatta ragione delle opere, e semente, perchè facendolo il gravato *negotium gessit* del sostituito, che li doveva raccogliere; veggasi quello che intorno ad una simile quistione abbiamo detto nel nostro *Trattato del Vedovile.*

§ 3. *Delle sostituzioni universali fatte sotto certe condizioni.*

Le sostituzioni universali non sono sempre di tutti i beni, che sono stati lasciati all'erede, o ad altro successore universale, che ne è stato gravato; qualche volta si fanno con certe limitazioni.

Per esempio, un erede alcune volte è gravato di restituire dopo la sua morte ciò che rimane dei beni ereditarj, *quod ex haereditate superfuerit.*

Questa sostituzione è differente dalle sostituzioni universali ordinarie in ciò, che essa non comprende tutti i beni, che sono stati lasciati al gravato, ma soltanto quelli, che gli restano all'epoca della sua morte.

Le cose o mobili, o immobili dall'erede gravato alienate, non sono dunque comprese in questa sostituzione, al sostituito non ne è dovuto neppure un compenso, quando il prezzo della vendita di tali cose non sia stato impiegato dal gravato in aumentare il proprio patrimonio, ma abbialo consumato pei proprii bisogni.

Contuttociò onde le cose alienate dall' erede non debbano poi essere rappresentate pel loro valore, fa d'uopo che le alienazioni sieno state fatte in buona fede, e non in frode della sostituzione. Lo scopo avuto dall'autore di questa, ristringendola a quello che rimarrebbe dei beni al suo erede, o altri che ne avesse gravato, è stato che la sostituzione non impedisse al suo erede d' impiegare nei proprj bisogni il prezzo dei beni, che gli lasciava, se avveniva che ne avesse bisogno, e non già per permettergliene la dilapidazione, o la libertà di farli passare ad altri, che al sostituito: *Titius rogatus est quod ex haereditate superfuisset. Moevio restituere. Quod medio tempore alienatum vel diminutum est, ita quandoque peti non poterit, si non intercertendi fideicom-*

missi gratia tale aliquid factum probetur, verbis enim fideicommissi bonam fidem inesse constat; *l.* 54. *ff. ad tr.*

Per la qual cosa se il gravato di una tale sostituzione ha fatte considerabili donazioni di beni ereditarj, le cose in questo modo donate non usciranno dalla eredità; perchè può egli diminuire la sostituzione, usando de' beni sostituiti pei proprj bisogni, ma non facendoli passare ad altri in frode del sostituito, *si non intervertendi fideicommissi gratia.*

Se egli ha venduto gli effetti ereditarj, anche gl' immobili, senza che apparisca dove ne sia stato erogato il prezzo, per poco che si possa presumere averlo egli impiegato ne' proprj bisogni, la sostituzione viene diminuita d' altrettanto, e il sostituito non può domandare compenso di sorta.

Se però per provvedere ai proprj bisogni egli avesse profittato dei beni sostituiti senza prevalersi dei beni proprj, in questo caso il sostituito ha diritto di domandare sui beni proprj del gravato una compensazione fino a concorrenza di quello, per cui questi avrebbero dovuto contribuire ai bisogni di quello; così è stato giudicato dall' imperatore Marco Aurelio, cioè che essa debba essere ammessa: *Judicavit erogationes, quae ex haereditate factae dicebantur, non ad solam fideicommissi diminutionem pertinere; sed pro rata patrimonii, quod haeres proprium habuit, distribui oportere*; *dict. l.* 45. ff. *ad senat. cons. trebell.*

Se il gravato dopo aver venduto qualche effetto ereditario in seguito ha fatti degli acquisti, o dei miglioramenti coi proprj danari, si presumerà, che il prezzo degli effetti ereditarj abbia servito a ciò, e al sostituito sarà dovuta una compensazione sopra i nuovi acquisti, o suoi miglioramenti.

Egli è lo stesso, se ha pagato i suoi debiti; perchè di tanto i suoi beni si trovano aumentati, di quanto gli ha liberati; per la qual cosa sopra i suoi beni è dovuta al sostituito una compensazione; *Arg. dict. l.* 54, *ff. ad senat. cons. trebell.*

Siccome nel caso che noi trattiamo il gravato per i proprj bisogni può vendere i beni sostituiti, egli può pure obbligargli ai debiti, che è costretto di contrarre per le proprie necessità, e non è obbligato a pagarli intieramente co' suoi proprj beni; *l.* 58. § 8, *ff. dict. tit.* Ma i suoi proprj beni debbono contribuirvi *prorata* unitamente ai beni sostituiti; *arg. l.* 54, *ff. dict. tit.*

Il diritto del digesto non determinava fino a quale quantità l' erede gravato di restituire ciò, che gli rimaneva dei beni ereditarj, poteva disporne pei proprj bisogni. La Novella 108 non gli permette di disporre più di tre quarti, se non se a cagione di dote, di donazione per causa di dote, o per la redenzione degli schiavi.

Nelle nostre provincie, dove il diritto romano non ha autorità, che come ragione scritta, io non penso dovervi essere adottata la decisione di questa Novella, la quale è puramente arbitraria; ma in questo proposito bisogna attenerci al diritto del digesto fondato sulle nozioni naturali di questa specie di sostituzione.

Le leggi riportano ancora due differenze fra questa specie di sostituzione, e le sostituzioni universali ordinarie; in queste i frutti dei beni sostituiti, che sono stati percetti dall' erede gravato prima dell'apertura della sostituzione, non appartengono al sostituito, quantunque all' epoca dell'apertura si trovino tuttora pendenti; ma nella sostituzione di ciò, che rimarrà all' erede dei beni ereditarj, siccome l' erede gravato non è obbligato a render conto degli effetti ereditarj statigli lasciati dal defunto, e che egli ha venduti per i proprj bisogni, in compensazione egli deve render conto di tutti i frutti dei beni ereditarj, sebbene nati e percetti prima dell' apertura della sostituzione, quando sieno estanti, come sono le biade, o il vino delle raccolte fatte prima dell'apertura della sostituzione, che si trovano nei magazzini al tempo di tale apertura; i fitti, e interessi delle rendite decorsi e scaduti prima dell' apertura della sostituzione, che sono tuttora dovuti. La ragione è che può dirsi tali frutti, come provenienti dai beni ereditarj, essere qualche cosa della eredità.

L'altra differenza è, che nelle sostituzioni universali ordinarie al gravato si deve menar buono, e far deduzione di ciò, che gli era dovuto dall' autore della sostituzione; ma in questa il gravato, che pe' suoi bisogni si è servito dei beni ereditarj per una somma maggiore di quella dovutagli dal defunto della quale egli non rende conto al sostituito, non è ammissibile a domandare che gli venga menato buono ciò, che il defunto gli doveva.

Se la sostituzione era *di tuttociò, che rimarrà in natura dei beni della successione*, queste parole *in natura* ristringono ancora di più la sostituzione: perchè quantunque l'erede gravato abbia fatti degli acquisti col prezzo dei beni ereditarj che ha venduti, o abbia migliorati i proprj beni, o pagati i debiti, il sostituito non può pretendere per questo alcuna compensazione del prezzo dei beni ereditarj, che il gravato ha venduti; perchè questa sostituzione è limitata ai soli effetti, che all' epoca dell'apertura della sostituzione l' erede gravato si troverà ad avere in natura; vale a dire ai soli effetti i quali sono precisamente gli stessi statigli lasciati dal defunto, e che esso ha conservati fino all' apertura della sostituzione.

Se la sostituzione era *di tuttociò di cui l' erede non avesse disposto*, essa sarebbe ristretta ancor più; perchè si può sostenere, che l' erede gravato d'una simile sostituzione poteva disporre dei beni ereditarj, anche per testamento, in pregiudizio del sostituito; la parola generale *disporre* comprendendo le disposizioni testamentarie, egualmente che quelle per atti fra vivi; mentre che nei casi precedenti delle sostituzioni di ciò, che rimarrà dei beni, o anche di ciò che resterà dei beni in natura, l' erede gravato non può per testamento disporre in danno del sostituito di nessuna cosa ereditaria; perchè le disposizioni testamentarie non avendo effetto che dopo la morte, le disposizioni testamentarie che quest' erede avesse fatte di alcuna delle cose ereditarie non impedirebbero a queste di trovarsi all'epoca dell'apertura della sostituzione in potere dell' erede, e per conseguenza non impedirebbero a queste cose stesse di esser comprese nelle sostituzioni *di tutto ciò, che rimarrà, o di tutto ciò, che resterà in natura*.

Se la sostituzione era *di tutto quello, di cui l' erede non avesse disposto in vita*, queste parole *in vita* escluderebbero le disposizioni testamentarie, e per conseguenza in nulla questa sostituzione differirebbe dalla sostituzione *di tutto ciò, che resterà in natura*.

§ 4. *Delle cose che possono essere lo obietto delle sostituzioni particolari.*

Tutte le cose, che possono essere l' obietto d' un legato particolare possono essere pure l' obietto di una sostituzione particolare; si veda ciò che a questo proposito ho detto nel *Trattato dei Testamenti*, al quale rimando.

Fra i mobili, e gl' immobili vi è questa differenza pertanto che gl' immobili possono essere l' obietto di una sostituzione particolare per essere resi in natura al sostituito.

Questa decisione ha luogo, non solo rispetto agli immobili, ma anche rispetto agli ufficj, e alle rendite, ancora negli Statuti dove queste sono riputate mobili. Al contrario, i mobili o corporali, o incorporali non possono essere l'obietto di una sostituzione particolare per essere restituiti in natura; ma onde si possa disporre per sostituzione particolare bisogna, che ciò sia colla clausola espressa, che si farà rinvestimento dei danari, i quali proverranno dalla vendita, o dal ricupero dei detti effetti mobiliari (veggasi l'Ordinanza, art. 5). senza di che la sostituzione è nulla. Bisogna eccettuarne però la mobilia, che serve a guernire una casa, o un castello, di cui si può disporre per mezzo di una sostituzione particolare unitamente al castello, in cui si trova, non solo senzachè sia necessario di aggiungervi la clausola, che sarà venduta, ma che il prezzo stesso sarà rinvestito, ma bensì colla clausola che saranno conservati in natura; *art.* 7.

Vi è di più; rispetto ai mobili che servono alla coltivazione delle terre,

essi si presumono compresi anche nelle sostituzioni particolari di quelle terre, alla coltivazione delle quali servono, quando pure l'autore della sostituzione si fosse taciuto; e il gravato non deve venderli, ma farli stimare per renderne d'egual valore all' epoca dell'apertura della sostituzione; *art.* 6.

Nel modo stesso che si può legare non solamente la cosa propria, ma anche quella del suo erede, ed anche la cosa altrui, siccome abbiamo veduto nel *Trattato dei Testamenti*, si può pure per mezzo di una sostituzione particolare gravare alcuno di restituire non solamente la cosa lasciatagli dal testatore, ma anche la sua propria cosa, o quella altrui, purchè egli non sia gravato al di là di quello, che gli viene lasciato.

SEZIONE V.

Dell' effetto delle sostituzioni prima della loro apertura, e delle obbligazioni del gravato.

Questa materia si riduce a questi tre principj.

1.° L' erede o altro gravato di sostituzione prima dell' apertura è solo proprietario dei beni sostituiti.

2.° Oltrechè il gravato è debitore dei beni sostituiti, questo diritto di proprietà, che egli ha sugli immobili sostituiti, non è una proprietà immutabile, ma una proprietà risolubile a vantaggio del sostituito mediante la verificazione della condizione, che deve dar luogo alla sostituzione.

3.° Prima dell'apertura della sostituzione il sostituito non ha diritto alcuno formato rispetto alle cose sostituite, ma una semplice speranza.

Di questi tre principj, e dei loro corollarj tratteremo in altrettanti separati articoli; noi uniremo un quarto articolo che conterrà la esposizione delle obbligazioni, che l'Ordinanza impone al gravato, quando raccolga i beni sostituiti.

ARTICOLO PRIMO.

Primo principio e suoi corollarj.

Prima dell' apertura della sostituzione il gravato essendo il vero e solo proprietario dei beni sostituiti, ne conseguita che le azioni attive e passive della eredità si uniscono nella sola di lui persona; *Ipsi et in ipsum competunt*.

Donde deriva, che le sentenze proferite intorno queste azioni, prima dell' apertura della sostituzione in contraddittorio col gravato, devono aver vigore dopo l' apertura della medesima; e che quando la sentenza ha acquistata la forza di cosa giudicata, il sostituito non può opporsi ad essa, purchè però il gravato si sia difeso, e la sentenza sia stata proferita sopra le conclusioni del procuratore reale; in mancanza delle quali cose potrebbe il sostituito provvedersi col ricorso civile, dopo l'apertura della sostituzione, entro sei mesi dalla notificazione che gli fosse stata fatta della sentenza, il qual termine non decorrerà contro i minori; o entro un anno, se la sostituzione è fatta a vantaggio d'una chiesa, o d'una comunità; *art.* 49, 50, 51, *e* 52.

Dal trovarsi i diritti e le azioni della eredità riunite nella sola persona del gravato prima dell'apertura della sostituzione, ne segue egualmente, che la prescrizione contro i detti diritti, ed azioni, decorre e si compie contro il gravato prima dell' apertura della sostituzione, e che le dette azioni e diritti estinti in tal guisa non rivivono a prò del sostituito, all' epoca dell' apertura di quella. La *l.* 70, § *fin.* ff. *ad senat. cons. trebell.* lo decide: *Si temporalis actio in haereditate relicta fuerit, tempus quo haeres experiri ante restitutam haereditatem potuit, imputabitur ei cui relicta fuerit.*

Per esempio: se l' erede lascia decorrere i trent'anni, prima dell'apertura della sostituzione, senza esigere un credito della eredità; se lascia trascorrere questo tempo senza usare di un diritto di servitù spettante alla eredità, e che è tale da rimanere estinto

col non uso; in entrambi i casi il credito della eredità, o il diritto di servitù, che aveva la eredità, restano estinti in forza della prescrizione, che ha corso, e si è compita contro l' erede gravato. Parimenti se un fondo appartenente alla successione è stato posseduto da qualche terzo possessore del gravato, ma non ha avuto il gravato per autore in tutto quel tempo richiesto per la prescrizione, prima della apertura della sostituzione, il dritto di proprietà di tal fondo passa in questo terzo possessore mediante la prescrizione, che è decorsa contro l' erede, il quale ne ha trascurata la rivendicazione; *l.* 22, § 3, *ff. ad senat. cons. trebell.*

All' apertura della sostitnzione il sostituito non può far rivivere i dritti della eredità, nè ha che una semplice azione *ex testamento* per i danni e interessi contro del gravato, o i suoi eredi.

Invano il sostituito allegherebbe, che era minore durante il tempo in cui questa prescrizione è decorsa, oppure che non era nato, e neppure concepito, e che perciò la prescrizione non ha potuto decorrere contro di lui. Rispondesi non essere contro di lui, che è decorsa, o ha dovuto decorrere la prescrizione di questi diritti, poichè non era nella sua persona che essi risiedevano; che essa non è decorsa, nè ha dovuto decorrere, se non se contro la persona dell' erede gravato, nella persona sola del quale essi risiedevano.

Si è agitata la questione, se almeno nel caso d' insolvibilità dell' erede gravato, il quale ha lasciato estinguersi i suoi dritti, il sostituito possa essere restituito mediante il rinascimento dei medesimi. Qualche antico autore ha creduto di sì; ma con ragione Ricard rigetta la loro opinione, perchè l' insolvibilità dell' erede nessuna mutazione produce nel principio della prescrizione, che ha estinti i suoi diritti.

Dall' essere l' erede, o chiunque altro gravato della sostituzione, prima della apertura di questa, il solo e vero proprietario dei beni sostituiti, ne segue pure, che ha qualità per ricevere il riscatto delle rendite, e il prezzo delle alienazioni necessarie de' beni sostituiti, come di una licitazione, e che pagando ad esso i debitori sono liberati; *art.* 15.

Ma i sostituiti, o i curatori alla sostituzione possono per sicurezza di questa sequestrare nelle mani degli aggiudicatarj, o dei compratori il prezzo de' fondi sostituiti, i quali fossero stati licitati o alienati per qualche causa necessaria, e dietro citazione rilasciata sì al compratore, che al gravato, far decretare, che il prezzo resterà in deposito, o nelle mani dei detti compratori, o di qualche altro nominato dal giudice, fino al rinvestimento.

Essi possono pure sequestrare nelle mani dei debitori le rendite soggette alla sostituzione, affinchè quando questi vorranno riscattarle sieno tenuti a citare il sostituito, o il curatore alla sostituzione, il quale egualmente farà decretare il deposito di questi danari fino al rinvestimento.

Se i debitori del prezzo dei fondi o delle rendite effettuassero i pagamenti al gravato in danno di questi sequestri, essi rimarrebbero tenuti verso dei sostituiti, all' epoca della apertura della sostituzione, per l' insolvibilità del gravato, per tutto quello, che avessero pagato in pregiudizio dei sequestri suddetti.

ARTICOLO II.

Secondo principio e suoi corollarj.

Oltre che il gravato è personalmente debitore condizionale dei beni o cose sostituite sotto la condizione di dover dar luogo alla sostituzione, il diritto di proprietà, ch' egli ha prima dell' apertura di questa, è un diritto che devesi pienamente risolvere a vantaggio del sostituito mediante l' apertura della sostituzione.

Dalla prima parte del principio deriva, che il gravato deve conservare i beni e le cose lasciategli, ed usarvi la diligenza propria d' un buon padre di famiglia. Laonde se i fondi si trovano deteriorati o pel fatto suo, o per la sua negligenza; se i dritti e le azioni ereditarie a cagione della sua negligenza vengono meno, egli è

tenuto ai danni e interessi verso del sostituito.

A questo proposito egli è tenuto alla colpa lieve, poichè trae profitto dai beni sostituiti a cagione del godimento, che ne ha fino alla apertura della sostituzione. I testi di diritto, i quali dicono, che l'erede gravato è tenuto soltanto alla colpa lata verso del fidecommissario, riguardano il caso del fidecommesso, che doveva essere restituito immediatamente, e da cui in conseguenza l'erede gravato non risentiva utile alcuno.

Dalla seconda parte del principio deriva che il gravato non può alienare gl' immobili sottoposti alla sostituzione nè ipotecarli, nè imporre loro alcun onere reale, in pregiudizio della sostituzione. Perchè secondo la regola *nemo potest plus juris in alium conferre quam ipse habet*, il diritto che ha l'erede gravato sugl'immobili non essendo che un diritto soggetto a pienamente risolversi in vantaggio del sostituito, mediante l'apertura della sostituzione, alienandoli, ipotecandoli, ed imponendo loro oneri reali egli non può trasferire un diritto, se non come lo ha, vale a dire sottoposto a risolversi in vantaggio del sostituito mediante l'apertura della sostituzione; ed in conseguenza il diritto di quelli, i quali hanno acquistato dal gravato, o immediatamente, o mediatamente, gl' immobili sottoposti alla sostituzione, o qualche ipoteca, o un altro diritto reale, si deve risolvere coll' apertura della sostituzione.

La giurisprudenza confermata dalla nuova Ordinanza delle sostituzioni ha recata una eccezione a questa regola. Essa permette al gravato, quando non ha beni liberi a sufficienza, d' ipotecare i beni sostituiti, anche in pregiudizio della sostituzione, alla restituzione della dote di sua moglie, al vedovile.

§ 1. *Motivi di questa ipoteca sussidiaria, ed in qual caso abbia luogo.*

Questa giurisprudenza ha la sua base nella presunzione della volontà dell' autore della sostituzione. Siccome non si può trovare da contrarre un conveniente matrimonio senz' avere su che assicurare la dote della moglie e di che assegnarle un vedovile, si presume che l'autore della sostituzione, il quale ha voluto il matrimonio di quello che gravava di sostituzione, gravandolo non abbia preteso di toglierne ad esso i mezzi, e che perciò gli abbia permesso di obbligare e valersi dei beni sostituiti, quanto sarebbe necessario in mancanza di altri, per la restituzione della dote di sua moglie, e per assegnarle un vedovile.

Per istabilire questa giurisprudenza si è ricorso pure alla Novella 39, la quale è stata mal intesa; perchè essa permette alla moglie di costituirsi una dote sopra i beni gravati di sostituzione in mancanza di altri, ed al marito di costituirvi una donazione per nozze; ma non vi si trova, ch' essa permetta al marito di ipotecare i beni sostituiti per la restituzione della dote di sua moglie; ma qualunque sia il senso della Novella per questa ipoteca la giurisprudenza è bene stabilita, e confermata dalla nuova Ordinanza.

Donde segue, che questa ipoteca sussidiaria non avrebbe luogo, se l'autore della sostituzione avesse dichiarato espressamente, che i beni sostituiti non potrebbero essere alienati, nè ipotecati per qualunque siasi causa, anche per causa di dote, e di vedovile; perchè la presunzione della volontà, sopra la quale sola è fondata questa sussidiaria ipoteca, in tale caso si troverebbe distrutta dalla dichiarazione d' una contraria volontà: *Ubi est evidens voluntas, non relinquitur praesumptioni locus*: è l'opinione di Ricard.

Ne segue pure, che questa ipoteca sussidiaria non lascerebbe di avere luogo, quando pure il sostituito avesse fatto notificare la sostituzione alla sposa futura del gravato avanti la celebrazione del matrimonio. Ciò che ha indotto nell' errore alcuni autori, l'opinione dei quali Ricard riferisce, e confuta con ragione, si è che essi hanno creduto, che questa ipoteca sussidiaria avesse per fondamento una ragione riportata dalla Novella, la quale consiste in dire, che bisogna impedire che sieno indotte in errore

le persone, le quali contraggono matrimonio; ma nella nostra giurisprudenza tale ipoteca non può essere fondata sopra di questa ragione, le Ordinanze avendo bastantemente provveduto, mediante la insinuazione e la pubblicazione delle sostituzioni, acciò nessuno potesse essere tratto in errore; essa è fondata sopra la sola ragione della presunzione della volontà del testatore, il quale ha permesso questa ipoteca sussidiaria; per la qual cosa inutilmente il sostituito per impedirla notificherebbe alla sposa futura la sostituzione.

§ 2. *Riguardo a quali persone.*

Questa presunzione di volontà, e l'ipoteca sussidiaria, che ne è una conseguenza, hanno luogo indistintamente, quando i figli sono dai genitori loro gravati di sostituzione a prò di alcuno, qualunque sia la persona, a vantaggio della quale essa è fatta; perchè il voto naturale dei genitori essendo di perpetuarsi nei discendenti, hanno voluto, che i loro figli trovassero da contrarre matrimonio, e per conseguenza gravandoli di sostituzione la intenzione loro non è stata di toglierne i mezzi ad essi.

Hanno esse luogo indistintamente, quando sono i nipoti, che sono stati gravati di sostituzione da alcuno dei loro ascendenti? La questione ha sofferto difficoltà. Ricard sosteneva la negativa con cattivissime ragioni; ma dopo la nuova Ordinanza non vi deve essere più dubbio, che questa presunzione di volontà, e la ipoteca sussidiaria, che ne è una conseguenza, debbano aver luogo indistintamente, quando i gravati di sostituzione sono i nipoti dell'autore di essa, come quando sono i proprj suoi figli; perchè questa Ordinanza nell'art. 53 non avendo limitata a determinati casi questa presunzione di volontà, e l'ipoteca sussidiaria, che ne deriva, se non che rispetto ai collaterali dell'autore della sostituzione, e agli estranei, con questo ha bastantemente fatto conoscere, che una tale presunzione di volonta doveva aver luogo senza distinzione relativamente ai nipoti dell'autore della sostituzione, come rapporto ai proprj suoi figli. Infatti vi è la stessa ragione di presumerlo riguardo ai nipoti, come riguardo ai figli, se, come lo abbiamo osservato, la ragione principale di questa presunzione è fondata sopra la naturale inclinazione, che hanno gli uomini a vedersi perpetuare, e riprodurre nella loro discendenza; perchè questa inclinazione naturale deve egualmente far presumere in noi la volontà, e il desiderio del matrimonio dei nostri nipoti, come dei nostri proprj figli.

Siccome questa ragione non s'incontra rispetto ai collaterali, e agli estranei, nell'autore della sostituzione non presumesi indistintamente la volontà, che si unissero in matrimonio quelli che esso ha gravati di sostituzione, allorquando non sieno che collaterali o estranei; e per conseguenza l'ipoteca sussidiaria sopra i beni sostituiti non è accordata alle mogli di questi collaterali o estranei; ma se nel testamento, o in altro atto contenente la sostituzione, trovasi qualche cosa da far conoscere, che l'autore della sostituzione veramente abbia voluto il matrimonio di questi collaterali, o estranei da esso gravati di sostituzione, si presume, che non abbia voluto togliere loro i mezzi di contrarlo; e a riguardo di essi ha luogo l'ipoteca sussidiaria sopra i beni sostituiti, che è una conseguenza di cotal presunzione.

Ciò si verifica in due casi; 1.° quando vengono sostituiti i figli di questi collaterali, o estranei; 2.° quando la sostituzione è fatta a prò di qualsivoglia persona, ma sotto la condizione, se questi gravati di sostituzione morranno senza prole. In ambidue questi casi l'autore della sostituzione, sostituendo a questi collaterali, o estranei i loro figli, o preferendo i loro figli ai sostituiti, ha mostrato essere sua intenzione, che essi avessero figli, e che in conseguenza contraessero matrimonio; dal che si presume, che non abbia avuto in mente di toglier loro i mezzi di contrarlo, e per conseguenza di non permettere la ipoteca dei beni sostituiti, in mancanza di altri, per la restituzione della dote della moglie, e per il vedovile.

Per la qual cosa l'Ordinanza, *art.* 53, dispone, che l'ipoteca sussidiaria

avrà luogo in questi due casi, quantunque l'autore della sostituzione non sia, che un congiunto collaterale del gravato, o anche un estraneo.

§ 3. *Ha essa luogo in tutti i gradi?*

In altro tempo è stata agitata la questione, se questa ipoteca sussidiaria dovesse aver luogo in tutti i gradi della sostituzione, quando questa sia graduale. Ricard ha opinato per il no, ed ha creduto che non potesse avere luogo, se non se rispetto all' erede, o altro primo legatario diretto, contro il primo sostituito, perchè queste ipoteche sussidiarie potrebbero assorbire i beni sostituiti, se avessero luogo in tutti i gradi. La nuova Ordinanza ha rigettata questa opinione di Ricard; essa dispone nell' *art.* 52, che la ipoteca sussidiaria avrà luogo in tutti i gradi della sostituzione; ed infatti le ragioni medesime, per le quali è permessa questa ipoteca sussidiaria rispetto alle persone, le quali si trovano al primo grado, occorrono rispetto a quelle, che sono nei gradi ulteriori.

§ 4. *Relativamente a quali matrimonj.*

È stata agitata pure la questione, se questa ipoteca sussidiaria dovesse aver luogo per le doti, e vedovili di tutti i matrimonj del gravato, o soltanto per il primo matrimonio. Le ragioni del dubbio erano: 1.° come nella precedente questione, che i beni sostituiti alla fine potrebbero rimanere assorbiti; 2° che non vi è neppure ragione di presumere, che l' autore della sostituzione abbia voluto, che il figlio gravato di sostituzione contraesse più matrimonj, segnatamente se avesse dei figli del primo; come vi è luogo a presumere aver egli voluto, che contraesse matrimonio la prima volta. Nulladimeno all' *art.* 52 l' Ordinanza decide, che l' ipoteca sussidiaria avrà luogo a favore di ciascuna delle mogli, che i gravati avranno successivamente sposate. Il voto naturale negli uomini di lasciare una posterità numerosa deve far presumere nell' autore della sostituzione la volontà di non togliere a' suoi figli, col gravarli di sostituzione, i mezzi di contrarre non solamente un primo matrimonio, ma tutti quelli che vorranno successivamente contrarre.

L' Ordinanza, *art.* 52, fa però una limitazione, la quale è che le mogli dei matrimonj successivi non potranno esercitare questa ipoteca sussidiaria sopra i beni sostituiti contro i figli nati dai matrimonj anteriori, quando sono questi che raccoglieranno la sostituzione; a questa limitazione ha dato luogo il favore dei figli nati dal primo matrimonio. Le nostre leggi sono sempre state attente a soccorrerli contro le seconde mogli, siccome risulta dall' editto delle seconde nozze.

Questa ipoteca sussidiaria ha essa luogo per la dote, e il vedovile di un matrimonio contratto prima della sostituzione? Sembra che in questo caso non occorra la ragione, sulla quale noi abbiamo fondata questa ipoteca sussidiaria; perchè abbiamo detto presumersi, che per lasciare al suo figlio i mezzi di contrarre matrimonio l' autore della sostituzione gli abbia permesso d' ipotecare i beni sostituiti, in mancanza di altri, alla dote, ed al vedovile della donna che condurrebbe in isposa. Ora sembra, che tale ragione cessi in questo caso, in cui il figlio trovandosi già ammogliato all' epoca dell' atto contenente la sostituzione, non abbisogna più di avere i mezzi per contrarlo. Al contrario, la ragione per decidere, che la ipoteca sussidiaria deve aver luogo si è, che la moglie ha potuto e dovuto contare sull' ipoteca dei beni del padre, o della madre di suo marito, in sicurezza della sua dote, e del suo vedovile, quando suo marito succederebbe ai suoi padre, e madre; la fiducia di questa ipoteca avendo fatto trovare al figlio di che fare un matrimonio, sarebbe cosa ingiusta, che il suocero, e la suocera con una sostituzione defraudassero la loro nuora di questa aspettativa. Se le donne potessero essere defraudate di questa speranza, i matrimonj non si contrarrebbero colla fiducia, e colla libertà con cui è necessario, che si contraggano. La stessa ragione non occorre, quando la sostituzione è stata fatta dopo il matrimonio del gravato, o da un

estraneo in favore dei figli del gravato. In questo caso non può dirsi, che la moglie del gravato, allorquando ha contratto matrimonio, abbia potuto contare sui beni per la sicurezza della sua dote, e del suo vedovile, massime se il suo marito non era l' erede presuntivo dell' autore della sostituzione. Contuttociò l' Ordinanza a questo proposito nessuna distinzione fa tra le sostituzioni fatte dagli ascendenti, e quelle fatte dai collaterali; e riguardo alle altre, per accordare la ipoteca sussidiaria sopra i beni sostituiti non avendo più distinto, se la sostituzione fosse stata fatta prima, o dopo del matrimonio, sarebbe difficile di non accordarla sopra i beni sostituiti da un collaterale, o anche da un estraneo, quantunque dopo il matrimonio, nei due casi, nei quali l' Ordinanza l' accorda.

§ 5. *Per quali cause.*

I beni sostituiti possono essere ipotecati sussidiaramente, in mancanza di altri, alla restituzione della dote della moglie del gravato, sì pel di lei capitale, che per i frutti ed interessi, i quali potrebbero esserle dovuti, o a' di lei eredi, dopo lo scioglimento del matrimonio, o la separazione.

Questa restituzione di dote comprende: 1.° quella dei danari, o del prezzo degli effetti mobiliari dalla donna portati in dote, sì di quelli che si è riserbati proprj, quanto di quelli conferiti in comunione, e dei quali si è riservata la prelevazione, nel caso di rinunzia alla comunione.

2.° Quella di tutto il mobiliare pervenuto alla moglie durante la comunione per successione o donazione, e che si è essa riserbato proprio, e di cui si è riservata la prelevazione in caso di rinunzia alla comunione.

3.° I danni e interessi dovuti alla moglie pel deterioramento dei fondi, le perdite e le prescrizioni dei diritti dipendenti dai beni di lei, avvenute per negligenza di suo marito.

4.° Il rinvestimento del prezzo delle rendite della moglie, che sono state rimborsate al marito, e quello di tutte le alienazioni forzate de' suoi fondi.

Riguardo a rinvestimenti dovuti alla moglie per il prezzo delle alienazioni volontarie de' suoi fondi, alle quali essa ha acconsentito, essa non ha alcuna ipoteca sussidiaria sopra beni sostituiti pei rinvestimenti suddetti; perchè deve imputare a sè di avere acconsentito a queste alienazioni; *art.* 46.

Questa decisione ha luogo, sia nelle provincie dove queste alienazioni sono valide, sia in quelle dove sono nulle, salvo alla moglie, nelle provincie dove sono nulle, il suo regresso contro i terzi possessori.

La moglie parimenti non ha alcuna ipoteca sopra i beni sostituiti per la indennità dovutale per i debiti, ai quali si è obbligata per suo marito, quando pure li avesse già pagati o totalmente, o parzialmente, e quando pure queste obbligazioni assorbissero tutta la sua dote; dovendo essa imputare a sè averle d' contratte.

Queste decisioni devono aver luogo quand' anche la sostituzione fosse dichiarata, nell' atto matrimoniale, in cui sono stipulati questi rinvestimenti, e queste indennità. In oggi non si seguirebbe il giudicato di Vendôme, riportato nel Giornale del Foro, il quale in questo caso aveva accordato l' ipoteca sussidiaria per i rinvestimenti, e le indennità.

La moglie ha ipoteca sussidiaria sopra i beni sostituiti di suo marito pel suo vedovile.

Quando i figli hanno un assegnamento, compete loro la stessa ipoteca.

Quest' ipoteca ha luogo tanto per i capitali del vedovile, quanto per gli interessi, i quali possono esserne dovuti.

Essa ha luogo tanto per il vedovile statutario, che per il convenzionale; ma se questo eccede quelli, non ha luogo che fino a concorrenza del valore dello statutario, non già pel di più; *art.* 45.

Nei paesi di diritto scritto, l' aumento di dote sta invece di vedovile statutario, la moglie per quest' aumento ha la ipoteca sussidiaria sopra i beni sostituiti, sia che usi sotto quesito nome, o sotto quello di obbligazione, lucro di sopravvivenza, o di donazione a cagione di nozze.

Questa ipoteca ha luogo, tanto pel capitale, che per gl'interessi dell'aumento, fino a concorrenza della quantità determinata dagli Statuti del paese, senza che però possa essere esercitata per una somma maggiore del terzo della dote, ancorchè l'aumento fosse più considerevole; *art.* 46.

L'ipoteca sussidiaria non ha luogo per tutte le altre convenzioni matrimoniali, quali sono la prededuzione, la donazione dell'anello e gioje, nè per il lutto; *art.* 48.

§ 6. *Da chi può essere esercitata, e sopra quali beni.*

Questa ipoteca sussidiaria, che ha la moglie sopra i beni sostituiti di suo marito, non è un diritto, che le sia personale; i suoi eredi, o anche i suoi creditori, che volessero esercitare il diritto, possono farlo.

Questa ipoteca sussidiaria può essere esercitata sopra i beni sostituiti, che il marito aveva all'epoca del suo matrimonio, anche su quelli, i quali già sono pervenuti in appresso dalle successioni de' suoi genitori, e altri ascendenti coll'onere di sostituzione, siccome abbiamo veduto quì sopra, perchè la moglie ha potuto contare sopra di questi beni. Ma se innanzi il matrimonio il marito aveva alienato un fondo sostituito, e dopo di quello lo ricupera, io dubito che vi possa la moglie esercitare la sua ipoteca sussidiaria; perchè all'epoca del matrimonio questo fondo non trovandosi nel patrimonio del marito, e la moglie non potendo pensare, che suo marito lo ricupererebbe un giorno, non ha potuto contare sulla ipoteca di questo fondo. Non si può dire, che la potestà d'ipotecare questo fondo alla dote e al vedovile di sua moglie gli sia stata necessaria per trovare da contrarre matrimonio, e per conseguenza non deve esser luogo alla ipoteca sussidiaria sopra questo fondo, la quale, secondo i nostri principj, non ha luogo, che perchè presumesi essere stato per il gravato un mezzo di trovare da contrarre matrimonio, che l'autore della sostituzione non gli ha voluto togliere.

Contuttociò l'Ordinanza non avendo distinto, nell'accordare l'ipoteca sopra i beni del marito gravato di sostituzione, se egli li possedesse all'epoca del suo matrimonio o se li avesse ricuperati dopo, vi sarebbe molta difficoltà a non accordarla.

§ 7. *Se l'alienazione, o l'oppignorazione dei beni sostituiti potesse esser permessa in casi favorevolissimi.*

Per esempio, se un figlio gravato di sostituzione da suo padre fosse stato preso dagli Algerini, nè si potesse pagare il suo riscatto, se non alienando una qualche porzione dei beni sostituiti, non si può dubitare, che la volontà del padre non sia stata di impedir questa alienazione, se avesse previsto un tal caso; per la qual cosa sembra permetterla in tal caso: *Ex praesumpta patris voluntate.*

Se ne possono presentare altri; ma tutti, e in ispecie i primi giudici, debbono essere riservati nel permettere queste alienazioni.

ARTICOLO III.

Terzo principio e suoi corollarj.

Come abbiamo già detto, il terzo nostro principio è *che il sostituito prima dell'apertura della sostituzione, rispetto ai fondi di essa, non ha alcun diritto formato, ma una semplice speranza.*

Donde segue 1.° che se il sostituito muore prima dell'apertura della sostituzione, nulla trasmette a' proprj eredi e la sostituzione rimane caducata; perchè prima della sua apertura non avendo alcun diritto, nulla aveva da poter loro trasmettere; la speranza vien meno colla sua morte.

Ciò ha luogo quando pure nel suo testamento il testatore avesse espressamente ordinato, che morendo il sostituito innanzi l'apertura della sostituzione la trasmetterebbe a' suoi figli, perchè il testatore non può ordinare l'impossibile, e fare, qualunque cosa disponga, che si possa trasmettere ciò, che per anche non esiste; questa clausola però è nulla, siccome taluno ha pensato; perchè siccome nei testamenti si deve piuttosto

riguardare quel che il testatore ha voluto, anzichè il modo, con cui si è espresso, devesi favorevolmente interpetrare, che con questa clausola il testatore abbia inteso chiamare egualmente alla sostituzione i figli del sostituito nel caso che questi premorisse; per la qual cosa in questo caso i figli verranno alla successione, non per diritto di trasmissione, ma come chiamati dal canto loro in mancanza ed in vece del padre loro.

2.° Segue dal nostro principio, che non solamente il gravato di sostituzione, ma anche i terzi possessori, i quali hanno acquistato da lui, o immediatamente, o mediatamente, degli immobili soggetti alla sostituzione, non possano prima dell'apertura della medesima acquistarne la liberazione in forza di prescrizione, quando pure il fondo fosse stato venduto loro come libero da ogni sostituzione, e che essi lo avessero posseduto come tale per tutto il tempo richiesto per la prescrizione; perchè è impossibile, che si possa acquistare la liberazione da un diritto, prima che esso abbia cominciato ad esistere; il dritto del sostituito non cominciando ad esistere, che all' epoca della sua apertura, non se ne può acquistare la liberazione precedentemente.

Trattandosi di un possessore, il quale non avesse acquistato nè mediatamente, nè immediatamente dal gravato il fondo soggetto alla sostituzione, egli potrebbe acquistare per prescrizione un diritto di proprietà su questo fondo, il quale, non essendo quello che aveva il gravato, non sarebbe soggetto alla sostituzione, come lo era quello del gravato; la subiezione alla sostituzione *causa fideicommissi* essendo una qualità del dritto di proprietà, che aveva il gravato, e l'estinzione di una cosa portando seco quella di tutte le qualità della cosa, il diritto di proprietà che aveva il gravato venendo a estinguersi mediante la prescrizione, che si è compita verso di lui, non può più sussistere la resolubilità di questo diritto a vantaggio del sostituito, nel caso di apertura della sostituzione, essendo una qualità di questo diritto, e ad esso essendo affetto il fondo della sostituzione.

3.° In terzo luogo segue dal nostro principio, che il decreto nato prima dell' apertura della sostituzione d'un fondo sostituito, sia a danno del gravato sia d'alcuno, che abbia acquistato da esso, mediatamente o immediatamente, per i debiti del gravato, o di quello che ha acquistato il fondo da lui, non purga la sostituzione; il decreto non potendo purgare un diritto, prima che questo abbia cominciato ad esistere.

Vi è pure un' altra ragione particolare, per la quale il decreto non purga le sostituzioni, ed è che le sostituzioni divenendo pubbliche mediante la insinuazione e la pubblicazione, che se ne fanno, lo aggiudicatario ha dovuto conoscerle, o almeno ha potuto informarsene.

È per questa ragione, che l' Ordinanza, *art.* 55, ha stabilito per un diritto nuovo, che il decreto non purgherebbe le sostituzioni, quando pure fossero state aperte prima di esso, ed anche prima del sequestro reale del fondo.

Se il fondo soggetto alla sostituzione fosse stato sottoposto a decreto a cagione di debiti dell' autore della medesima, o per cagione di qualche altra ipoteca, o onere anteriore alla medesima, vale a dire anteriore o al tempo della donazione, se è una sostituzione contenuta in una donazione, o anteriore al tempo della morte del testatore, se è una sostituzione testamentaria, non è dubbioso, che in tale caso il fondo passa nell' aggiudicatario senz' essere sottoposto punto alla sostituzione; perchè questa non ha potuto impedire la vendita coatta di tale fondo.

Io penso pure che se il fondo fosse sottoposto a decreto in danno di qualche possessore, cui il suo dritto non derivasse dal gravato di sostituzione, il decreto purgando il dritto di proprietà competente al gravato sopra di questo fondo, a cagione del non aver fatta egli opposizione al decreto, purgherebbe pure la sostituzione *causa fideicommissi*, che era annessa a questo diritto.

Dalla seconda parte del nostro principio, *che il sostituito ha una semplice speranza rispetto ai fondi so-*

stituiti ne segue, che avendo interesse, avuto riguardo a questa speranza, alla conservazione dei beni sostituiti, egli è ammissibile a fare tutti gli atti conservatorj relativi a questi beni.

Laonde egli deve essere ammesso ad interrompere le prescrizioni dei diritti dipendenti dai fondi sostituiti, se l'erede gravato trascura di farlo. Per esempio, se l'erede gravato trascurasse di stipulare una ricognizione, o dichiarazione d'ipoteca dai debitori dei beni sostituiti, il sostituito sarebbe ammissibile, massime dopo avere intimato l'erede gravato a farlo, ad intimare egli stesso i detti debitori, in difetto o sul rifiuto di lui.

Per la stessa ragione, se dai beni sostituiti dipendesse qualche dritto di rendita reale o altro diritto sopra un fondo, che venisse sottoposto al decreto senza l'onere dei detti diritti, per rapporto al suo interesse di speranza il sostituito sarebbe ammissibile a formare opposizione al decreto per la conservazione dei detti diritti. Questo interesse di speranza dà pure diritto al sostituito di agire contro del gravato se abusasse dei fondi sostituiti, e li deteriorasse, onde inibirglielo; e se dopo una tale inibitoria continuasse ad abusarne, il sostituito potrebbe ottenerne il sequestro.

Finalmente egli può perseguitare il gravato per obbligarlo a rinvestire i danari provenienti dalla vendita dei mobili soggetti alla sostituzione in fondi, o rendite, o per farne ordinare il deposito in aspettativa del rinvestimento. Come lo abbiamo già veduto, egli può pure fare a tal effetto dei sequestri nelle mani dei debitori, dei danari soggetti a questo rinvestimento.

ARTICOLO IV.

Delle obbligazioni che l'Ordinanza addossa al gravato di sostituzione quando raccoglie i beni sostituiti.

§ 1. *Dell' Inventario.*

L'erede o il legatario universale gravato di sostituzione, deve fare un inventario di tutti gli effetti mobiliari, titoli e documenti della successione. Quest' inventario deve essere fatto da un notaro regio, in presenza del sostituito, o del suo tutore, curatore, o amministratore; e se egli non fosse per anche nato, in presenza d'un curatore, che deve dal giudice nominarsi alla sostituzione. Se il sostituito non vi volesse assistere, bisognerebbe citarlo nel baliaggio del luogo, ove alla epoca della morte il testatore aveva il suo domicilio, affinchè il giudice designasse un giorno determinato, e i successivi per procedere all' inventario in sua presenza; ed in questo caso la notificazione fatta di questa sentenza al sostituito, tutore, curatore, o amministratore con intimazione di trovarsi al detto inventario, equivarrebbe alla sua presenza, qualora non vi assistesse.

È davanti gli uffiziali di questo baliaggio regio, che si deve ricorrere contro di questa citazione, come per tutto quello che riguarda le sostituzioni, quando pure i sigilli fossero stati apposti da un altro giudice; *puta* il giudice del signore, nel territorio del quale il testatore era domiciliato alla epoca della sua morte; e questo giudice dopo di avere rimossi i sigilli, deve rimandare avanti al giudice regio.

Il procuratore regio deve pure assistere a quest' inventario. Questo deve contenere una stima dei mobili, anche nei paesi dove una tale stima non è in uso.

L'erede o il legatario universale, omettendo di far procedere a questo inventario nel termine fissato dalle Ordinanze, un mese dopo spirato questo termine il sostituito può farvi procedere chiamandovi il detto erede o legatario universale; ed egli ha la ripetizione delle spese contro il detto erede, o legatario universale.

In caso di negligenza del sostituito a farvi procedere, vi deve essere proceduto dal regio procuratore, a spese di detto erede o legatario universale.

Il gravato di sostituzione mancando a soddisfare a ciò che qui sopra è prescritto per l'inventario e la stima, deve essere privato dei frutti de' beni sostituiti, finattantochè vi abbia soddisfatto, i quali frutti devono essere aggiudicati al sostituito, e a questo pure devono essere restituiti a

titolo di pena quelli già percetti, e all'ospedale, se il sostituito non è ancora nato.

Lo che deve aver luogo, quando anche i sostituiti fossero figli del gravato, e sotto la sua potestà.

Il gravato non è soggetto a questa pena, quando è minore o interdetto, o quando è una comunità; ma in questo caso i tutori, i curatori, o amministratori devono essere condannati in loro proprio e privato nome ad ammende in vantaggio del sostituito se è nato, o dell' ospedale, se non lo è.

§ 2. *Della pubblicazione, insinuazione, e della Ordinanza per immettersi in possesso.*

I gravati di sostituzioni universali o particolari, sono obbligati entro sei mesi a farle pubblicare e insinuare sotto le stesse pene indicate nel precedente paragrafo: *art.* 18 *della Ordinanza*. Intorno questa insinuazione e pubblicazione si vegga quello che abbiamo detto in proposito nella sezione prima.

Il gravato prima d' immettersi in possesso dei beni sottoposti alla sostituzione, deve ottenere una ordinanza dal luogotenente generale, la quale glielo permetta, in seguito di una istanza che deve presentargli a questo effetto, alla quale devono essere annessi una spedizione dell' atto di pubblicazione e insinuazione della sostituzione, e un estratto della chiusura dell' inventario, e sulle conclusioni del regio procuratore; *art.* 35, e 37.

Lo che deve essere osservato, quando pure le disposizioni testamentarie fossero state consentite per mezzo di atti volontarj; *art.* 39. Non potrà essere profferita veruna sentenza in seguito di atti contenenti sostituzione, se non fu soddisfatto a' detti articoli; *art.* 40.

§ 3. *della vendita de' mobili, e del rinvestimento dei danari.*

L'erede o legatario universale gravato deve far procedere ad una vendita pubblica dei mobili, dopo essere stati precedentemente esposti gli editti.

Contuttociò è della prudenza del giudice di permettergli di ritenere dei mobili per la stima, per ciò che deve essere distratto a suo favore dei beni sostituiti, sia per ciò che gli è dovuto dal defunto, sia nei paesi di diritto scritto per le distrazioni delle quarte.

Il gravato deve far rinvestimento dei danari provenienti da detta vendita, e degli altri provenienti dalla eredità, conformemente a quello, che il testatore ha ordinato in questo proposito; e s' egli non si è spiegato, il rinvestimento deve in principio esser fatto nel pagare i debiti, e anche nel rimborso delle rendite dovute dalla successione, in appresso, in acquisti di fondi o rendite, sia reali, sia costituite.

Questo rinvestimento deve esser fatto nel termine portato dall'Ordinanza del giudice, che immette il gravato in possesso; e riguardo alle altre somme soggette a rinvestimento, che riscuoterà in appresso, come, per esempio, pel rimborso di qualche rendita, deve farne il rinvestimento dentro tre mesi dal giorno, in cui le avrà ricevute, in mancanza di che potrà essere astretto a farlo giudizialmente.

Il rinvestimento si deve fare in presenza del sostituito, o del suo tutore, curatore, o amministratore, o d'un curatore alla sostituzione. Se egli non volesse acconsentirvi, bisognerebbe, mediante una citazione, far pronunziare dal giudice sul proposto rinvestimento.

SEZIONE VI.

Dell' apertura delle sostituzioni, dell' effetto di quest' apertura, e delle azioni che ne nascono.

ARTICOLO PRIMO.

Dell'apertura delle sostituzioni.

§ 1. *Cos'è l'apertura, e quando dicesi succeduta.*

Si dice che una sostituzione è aperta, quando il sostituito ne ha acquistato il diritto; come si dice che un legato è aperto, quando il legatario ne ha acquistato il diritto. Tuttociò che abbiamo detto nel nostro *Trattato dei Testamenti* intorno all'apertura dei legati, può applicarsi all' apertura delle sostituzioni.

Quando una sostituzione è fatta senza condizione alcuna, essa è aperta dal momento della morte del testatore, come lo è un legato puro e semplice.

Il termine d'un tempo determinato apposto ad una sostituzione, come ad un legato, non ne differisce l'apertura, ma ne ritarda solamente l'esecuzione.

Quando la sostituzione è fatta sotto qualche condizione, essa non è aperta che all' epoca della verificazione di questa; il termine di un tempo incerto sta in vece di condizione.

Chiamasi tempo incerto, anche quello che certamente accaderà, purchè sia incerto, se accaderà o no vivente il sostituito; tal è il tempo della morte del gravato. Per la qual cosa tutte le sostituzioni aventi per termine questo tempo della morte del gravato, sono condizionali, nè si aprono, che all' epoca di questa morte.

Quasi tutte le nostre sostituzioni sono fatte sotto questa condizione della morte del gravato; e quantunque essa non sia espressa, vi è agevolmente presunta per le minime circostanze, massime quando non vi sieno altre condizioni.

Questa condizione si presume verificata per la morte civile, come per la morte naturale.

Vi è una condizione tacitamente presunta in certe sostituzioni e la di cui verificazione è per conseguenza richiesta per darvi apertura.

È nella specie della legge 102, ff. *de cond. et demonst*. Quando io sono onerato di sostituzione da mio padre, o da alcun altro de'miei ascendenti, verso qualche altra persona che quella dei miei figli, questa sostituzione si presume avere per condizione tacita, *se io muojo senza figli*; laonde non basta ch'io muoja; bisogna che io non lasci figli, perchè si faccia luogo alla sostituzione.

Questa presunzione è fondata sullo affetto naturale presumibile in tutte le persone, e segnatamente nell' autore della sostituzione, il quale non permette di pensare, che abbia voluto preferire ai suoi nipoti i sostituiti; donde conchiudesi non poter essere, che per dimenticanza, che questa condizione, *della mia morte senza figli*, non trovisi espressa: *Fideicommissi conditionem, conjectura pietatis, respondi defecisse, quod minus scriptam, quam dictum fuerat, inveniretur.*

Questa decisione deve aver luogo, sia che avessi dei figli all'epoca del testamento, sia che non ne avessi; perchè essa non è fondata sulla ragione, che il testatore non ha previsto, che io avrei dei figli; e che se l'avesse preveduto li avrebbe preferiti; ma al contrario sopra questa ragione, che avendo pensato ai miei figli, ed avendo veramente voluto preferirli, ha dimenticato di scriverlo: *Minus scriptum quam dictum.* Questa decisione ha luogo rispetto alle sostituzioni particolari, come rispetto alle sostituzioni universali.

Quando una sostituzione è fatta sotto più condizioni bisogna che tutte sieno adempiute, affinchè la sostituzione sia aperta, tranne il caso, che esse sieno apposte con una disgiuntiva, perchè allora l'adempimento di una sola dà luogo alla sostituzione; come quando si dice: *Io faccio la mia nuora mia*

legataria universale onerandola di restituire i miei beni ai miei nipoti, all'epoca della sua morte, o del suo passaggio a seconde nozze.

Qualche volta oltre la condizione della morte del gravato se ne aggiungono delle altre con una disgiuntiva fra loro. In tal caso per la apertura della sostituzione è necessaria e la morte del gravato, e l'adempimento di una di quest'altre condizioni.

§ 2. *La restituzione anticipata dei beni sostituiti equivale ella ad una apertura di sostituzione?*

Quando il gravato di sostituzione ha volontariamente fatto restituzione al sostituito dei beni sottoposti alla medesima, senza aspettare l'adempimento della condizione da cui dipendeva, questa restituzione anticipata rende, rispetto ad esso e al sostituito, la sostituzione aperta ed anche consumata. Facendo questa restituzione, senza aspettare la condizione, egli ha rimessa quest'ultima: dimodochè quand'anche in appresso questa condizione venisse a mancare, non potrebbe più ripetere i beni sostituiti, che ha voluto restituire.

Ma secondo questa massima di diritto: *Nemo ex alterius facto praegravari debet*, questa restituzione anticipata non può nuocere ai terzi, nè in faccia ad essi equivalere all'apertura della sostituzione.

Donde segue; 1.° Che il sostituito, cui è stata fatta la restituzione dei beni sostituiti prima dell'adempimento della condizione della sostituzione, prima di tale adempimento non può rivendicare i fondi soggetti alla sostituzione, contro i terzi acquirenti, i quali li avessero acquistati dal gravato prima della sostituzione.

Così è deciso dall'Ordinanza, *artic.* 43, per la ragione, che questo terzo acquirente avendo acquistato il dritto di proprietà dei fondi acquistati, tale quale lo aveva allora il gravato, che glie li ha venduti, vale a dire un diritto di proprietà durevole fino al tempo dell'adempimento della condizione apposta alla sostituzione, egli non può essere spogliato di questi fondi prima di tal tempo, avendone acquistata la proprietà fino al medesimo; il gravato avendogliela una volta trasferita non può più disporne a vantaggio del sostituito, mediante la restituzione anticipata, che gli fa; con questa restituzione anticipata egli non può disporre, che di quello che gli rimane dei detti beni, e non già di quello che ha cessato di appartenergli.

Donde segue, 2.° Che i creditori ipotecarj del gravato, anteriori alla detta restituzione anticipata, nonostante detta restituzione, possono, finchè non è adempiuta la condizione apposta alla sostituzione, esercitare la loro ipoteca sugli immobili soggetti alla sostituzione, e intentare contro del sostituito l'azione ipotecaria, affinchè ne faccia il rilascio, qualora non voglia piuttosto pagare le cause della ipoteca, riservatagli la facoltà di far valere la sostituzione sopra i detti fondi, quando la condizione sarà stata adempita; è la decisione dell'*art.* 42 della Ordinanza.

La ragione è che il gravato, il quale aveva un diritto di proprietà sui beni sostituiti durevole fino al tempo dell'adempimento della condizione apposta alla sostituzione, ha potuto dare, e veramente ha dato a'suoi creditori un diritto d'ipoteca sopra i beni medesimi di una durata eguale; e una volta dato loro questo diritto, la restituzione anticipata, che fa al sostituito, non può più privarneli.

Male a proposito a questo riguardo Ricard aveva distinto l'ipoteca generale dalla speciale. L'Ordinanza, *art.* 42, non fa alcuna distinzione, e il disposto di essa è conforme ai principj del diritto; perchè quegli che ipoteca generalmente tutti i suoi beni, ipoteca tutti i beni che ha, in quanto gli appartengono. Nella ipoteca generale dei suoi beni il gravato adunque deve esser presunto avervi compreso anche i beni sottoposti alla sostituzione, per il tempo che doveva durare la sua proprietà, vale a dire fino al tempo dell'adempimento della condizione della sostituzione; e il creditore non può essere privato della ipoteca generale acquistata sui detti beni, più che della ipoteca speciale.

Donde conseguita; 3.° Che i creditori chirografarj del gravato, quando

egli si è posto fuori di stato di pagarli mediante la restituzione anticipata che ha fatta dei beni sostituiti, possono contro del sostituito esercitare l'azione rivocatoria, e prevalersi di detti beni fino al tempo dell'adempimento della condizione apposta alla sostituzione. La Ordinanza, *art.* 42, lo dispone precisamente; ed in ciò essa è conforme ai principj di diritto, nella legge 17, § *fin. ff. quae in fraud. credit. facta sunt, ut restit.*, ove dicesi: *fraudem etiam in tempore fieri*, nel caso di un marito, il quale in frode de' suoi creditori aveva anticipato il tempo della restituzione della dote della sua moglie. La legge 19, *ff. dict. tit.* che contiene una disposizione contraria nel caso d'un padre, che aveva emancipato i suoi figli per restituire loro, prima del tempo della sua morte, i beni che la loro madre lo aveva onerato di restituire ad essi, è fondata sopra particolari ragioni, le quali non si applicano fra noi.

Ne conseguita pure, 4.° Che queglino, cui è stata fatta la restituzione anticipata, morendo prima dell'adempimento della sostituzione, e all'epoca di tale adempimento essendovi degli altri, che in loro mancanza sieno stati chiamati alla sostituzione il gravato non sarà liberato verso di essi colla restituzione anticipata fatta ai predefunti. È la decisione della l. 41, § 12, *ff. de leg.* 3; ove l'erede essendo stato gravato di restituire dopo la sua morte i beni del testatore ad Appia, e premorendo questa a Valeriano, ed avendoli vivendo anticipatamente restituiti ad Appia, che in seguito sarebbe morta prima di lui, Scevola decide non avere una tale restituzione liberato l'erede verso Valeriano, qualora questi si trovi in istato di raccogliere la sostituzione all'epoca della morte dell'erede, che vi ha dato apertura: *Respondit: si vivo Seio, Appia decessisset (haeredem) non esse liberatum a fideicommisso Valeriano relicto.*

Per la stessa ragione quando una famiglia è chiamata ad una sostituzione, se quelli della famiglia, che erano allora i più prossimi, cui è stata fatta la restituzione anticipata, muoiono tutti prima dell'adempimento della condizione della sostituzione, questa restituzione anticipata non avrà liberato il gravato verso quelli della famiglia che si troveranno essere i più prossimi alla epoca dell'adempimento della condizione, perchè il testatore avendo chiamato una famiglia *collettiva* ad una sostituzione, cui ha apposta una condizione, ha avuto in mira quelli di questa famiglia, che sarebbero più prossimi nel tempo da esso assegnato per l'apertura della sostituzione, che è quello dell'adempimento della condizione appostavi, e non già coloro, che non esistessero e fossero premorti; non sono dunque quelli, cui la restituzione è stata fatta, che sono chiamati alla sostituzione; è dunque male a proposito, *sine causa*, che questa restituzione è stata fatta loro; essa dunque non ha liberato il gravato verso di quelli, che esistevano all'epoca dell'adempimento della condizione apposta alla sostituzione. I più prossimi della famiglia sono veramente quelli che sono chiamati alla sostituzione; ma il gravato ha un regresso contro di quelli, cui ha restituito male a proposito, siccome avendo pagato loro per errore ciò, che col fatto ha mostrato di appartenere ad altri.

Se la restituzione anticipata è stata fatta a quattro persone, che allora erano le più prossime della famiglia, e prima dell'adempimento della condizione della sostituzione ne sono morte tre, quella che sola rimane può ella pretendere le porzioni delle tre predefunte? Parrebbe che lo potesse per le soprallegate ragioni. Contuttociò vi è luogo a sostenere, che non vi è ammissibile, perchè acconsentendo a ricevere colle tre altre, ha acconsentito all'apertura della sostituzione senza aspettare l'adempimento della condizione, e non è ammissibile a ritornare sopra il consenso prestato.

ARTICOLO II.

Dell'effetto dell'apertura delle sostituzioni, e delle azioni che ne nascono.

§ 1. *Principj su questi effetti.*

L'effetto dell'apertura delle sostituzioni è, che la proprietà delle cose

sostituite passa di pieno diritto dalla persona del gravato in quella del sostituito. Le leggi romane, conformi in questo alle nostre, lo decidono pei legati condizionali. Giustiniano avendo intieramente eguagliato i fidecommessi ai legati, si deve decidere lo stesso per le sostituzioni, o fidecommissi condizionali.

Quando il sostituito diventi di pieno diritto proprietario delle cose sostituite, non ne ha però il possesso di pieno diritto, quando pure la sostituzione fosse a titolo universale, e in linea retta. Nonostante l'apertura della sostituzione il gravato, o suoi eredi, rimangono non più proprietarii, ma possessori delle cose sostituite; ed è dal gravato, o dai suoi eredi, che ne deve il sostituito ottenere la tradizione.

Donde deriva, che i frutti dei beni sostituiti appartengono al gravato, o a'suoi eredi, anche dopo l'apertura della sostituzione, fino alla tradizione, o almeno fino alla domanda della tradizione; perchè quantunque il gravato non ne sia più proprietario essendone giusto possessore, e non essendo obbligato a sapere, fino alla domanda della tradizione, se il sostituito intende accettare e raccogliere la sostituzione, ha qualità per percipere a proprio favore i frutti di detti beni.

Quantunque sia dalla persona del gravato, che la proprietà, ed il possesso dei beni sostituiti passano in quella del sostituito, contuttociò non è dal gravato, ma dall'autore della sostituzione, che il suo diritto gli deriva; il suo titolo d'acquisto è il testamento, o altro atto contenente la sostituzione; essendo in forza di questo titolo, che la proprietà dei beni sostituiti gli è acquisita all'epoca dell'apertura della sostituzione.

Donde conseguita, che se l'autore della sostituzione è uno degli ascendenti del sostituito, il titolo d'acquisto del sostituito è una donazione, o un legato in linea retta, che nella persona del sostituito rende proprii della linea del donante o testatore gli immobili compresi nella sostituzione, quando pure il gravato, pel di cui mezzo sono passati, non fosse congiunto del sostituito, che collateralmente, o anche un estraneo.

Contra vice versa, se l'autore della sostituzione non è che un congiunto collaterale del sostituito, o anche un estraneo, il titolo di acquisto del sostituito è una donazione collaterale, o di estraneo, che nella persona del sostituito fa acquisti gli immobili compresi nella sostituzione, quando pure il gravato, per mezzo del quale passano nel sostituito, fosse il padre, o la madre del sostituito.

Quantunque il sostituito ripeta il suo diritto dall'autore della sostituzione, e non dal gravato, è però vero, che la mutazione di proprietario e possessore si fa dalla persona del gravato a quella del sostituito, poichè effettivamente la proprietà e il possesso dei beni sostituiti passano dal gravato nel sostituito.

Per la qual cosa siccome è la mutazione, anzichè il titolo d'acquisto, che produce i diritti di riscatto nei feudi, per sapere se l'apertura d'una sostituzione dia luogo al laudemio, non si deve considerare nè il titolo della sostituzione, nè la persona dell'autore di essa, ma soltanto la persona del gravato, per di cui mezzo la proprietà, e il possesso dei beni sostituiti passano nel sostituito.

Se questo gravato è uno degli ascendenti del sostituito, la mutazione de' feudi che si opera coll'apertura della sostituzione, è una mutazione di feudo in linea retta, che non dà luogo al diritto di riscatto, quando pure l'autore della sostituzione non fosse, che un congiunto collaterale del sostituito, o anche un estraneo, e la sostituzione per conseguenza una semplice donazione in linea collaterale, o donazione d'estraneo.

Contra vice versa se il gravato non è che un collaterale del sostituito, o anche un estraneo, la mutazione del feudo in linea collaterale, o d'estraneo a estraneo, dà luogo al diritto di riscatto, quando pure l'autore della sostituzione fosse uno degli ascendenti del sostituito.

È in conseguenza di questi principii, che l'*art.* 59 dell'Ordinanza decide, che i sostituiti devono i diritti censuali e feudali negli stessi casi,

nei quali li avrebbero dovuti, se fossero succeduti al gravato a titolo di erede.

§ 2. *Delle azioni e della ipoteca del sostituito.*

L'apertura della sostituzione dà al sostituito le azioni stesse, che l'apertura dei legati dà ai legatarii, cioè 1°. Le azioni personali *ex testamento*, che il sostituito ha contro del gravato, ed eredi, o altri successori di esso, per la restituzione delle somme, e cose comprese nella sostituzione, coi frutti delle medesime, e interessi delle somme, e i danni e interessi che possono essere dovuti al sostituito per i deterioramenti, che il gravato per propria colpa, o negligenza avesse potuto cagionare ai beni sostituiti.

2°. L'azione di rivendicazione degli immobili compresi nella sostituzione, che il sostituito ha contro i loro possessori, sieno pure il gravato, i suoi eredi, o terzi possessori, con questa differenza però, che i terzi possessori possono opporre a questa domanda la mancanza d'insinuazione e pubblicazione delle sostituzioni, quand'egli vi ha mancato, come abbiamo osservato a suo luogo, il che gli eredi non possono.

3°. L'azione ipotecaria.

Il sostituito ha sui beni del testatore caduti nella quota del gravato l'ipoteca stessa, che i legatarii.

Egli ha pure ipoteca sui beni proprii del gravato, cioè per la restituzione dei danari contanti, e degli effetti mobili compresi nella sostituzione e per i danni, e interessi dovuti a ragione dei deterioramenti fatti nei fondi sostituiti, in seguito di cattiva amministrazione; così è stato giudicato con sentenza riportata nella sesta parte del Giornale.

Tuttociò, che nel nostro *Trattato dei Testamenti* abbiamo detto circa le differenti azioni dei legatarii, si applica a quelle dei sostituiti.

SEZIONE VII.

Come si estinguono le sostituzioni.

Le sostituzioni si estinguono o per parte dell'autore di essa, o per parte dell'erede, o del sostituito, o per la estinzione delle cose soggette alla sostituzione, o nel caso, che il sostituito divenga unico erede puro e semplice del gravato, o per le deficienza della condizione, o pel terminare dei gradi, ai quali l'Ordinanza ha limitato le sostituzioni.

ARTICOLO PRIMO.

Della estinzione delle sostituzioni per parte dell'autore della sostituzione, o per parte dell'erede.

§ 1. *Dell'estinzione delle sostituzioni, per parte del loro autore.*

A questo proposito bisogna distinguere le sostituzioni testamentarie da quelle fatte fra i vivi.

Le sostituzioni testamentarie si estinguono al modo stesso dei legati, 1°. quando il testatore è condannato ad una pena, che porta seco morte civile, e muore privo di questo stato a cagione della condanna; perchè in tale caso il suo testamento non potendo avere efficacia, le sostituzioni, che vi sono contenute, periscono come tutte le altre disposizioni.

2°. Le sostituzioni testamentarie si estinguono per parte dell'autore della sostituzione, o per una revoca generale, che questi faccia del suo testamento, nel quale è contenuta, o per una revoca particolare della sostituzione.

Quello che noi abbiamo detto nel *Trattato dei Testamenti* sulla estinzione dei legati per parte del testatore, si applica parimenti alle sostituzioni testamentarie.

Rispetto alle sostituzioni contenute nei contratti di matrimonio, o nelle donazioni fra i vivi, siccome partecipano della natura degli atti, che le contengono, sono irrevocabili, e non dipendono più dall' autore della sostituzione, che non può revocarle. (Ordinanza del 1747, art. 11, e 12.) La morte civile, in cui egli incorresse

in appresso per mezzo d'una condanna capitale, non può neppur essa recarvi danno.

§ 2. *Della estinzione delle sostituzioni per parte dell'erede.*

Le sostituzioni contenute nei contratti di matrimonio, o nelle donazioni fra i vivi, non possono mai ricevere alcun danno per parte dell'erede dell'autore della sostituzione.

In un solo caso, e nei paesi di diritto scritto alle sostituzioni testamentarie può essere recato danno dallo erede, ed è per la caducità della istituzione dell' erede, la quale avviene per la premorienza dell' erede istituito; perchè se all'epoca della morte del testatore non rimane alcuno degli eredi istituiti, o in primo grado, o nei gradi ulteriori, questa mancanza d'erede rende destituito il testamento, secondo i principii del diritto romano, e per conseguenza annulla tutte le sostituzioni o universali, o singolari, che esso contenesse; ciò è confermato dall'Ordinanza, *art.* 26.

Questa regola soffre eccezione: 1°. rispetto ai testamenti militari, i quali, non essendo assoggettati alle regole del diritto civile, possono valere senza erede.

2°. Rispetto a tutti gli altri testamenti, quando contengono la clausola codicillare, vale a dire una clausola, colla quale il testatore dichiara, che se il suo testamento non può avere effetto come testamento, sua volontà è, che valga come codicillo *ab intestato*, o, ciò che torna lo stesso, quando egli onera i suoi eredi *ab intestato* dell'esecuzione del suo testamento in caso di deficienza di quelli, che ha istituiti.

Se quegli tra gli eredi istituiti, che è stato onerato della sostituzione o universale, o singolare, è predefunto, ma trovasi qualche erede sostituito per sostituzione diretta, o qualche coerede di questo erede gravato premorto, in tal caso le sostituzioni fidecommissarie, di cui questo erede predefunto era stato onerato, colla sua morte non restano estinte, perchè secondo la costituzione dell' Imperatore Severo il testatore è presunto averne tacitamente gravato il sostituito in suo difetto, o i coeredi che per la di lui morte profittano della sua porzione ereditaria.

Se l' erede istituito, che è stato gravato di sostituzione, è sopravvissuto, foss'egli il solo istituito, non può ripudiando l'eredità nuocere alla sostituzione fidecommissaria universale, di cui è gravato, perchè secondo il senatusconsulto Pegasiano l'erede istituito gravato d'un fidecommisso universale può essere astretto ad accettare l'eredità, a rischio del fidecommesso.

Laonde l'Ordinanza uniformandosi a questi principii decide, *art.* 27, che la rinunzia dell' erede istituito non potrà nuocere al sostituito, il quale in tal caso prenderà il luogo di detto erede; e parimente nel caso di rinunzia del sostituito prenderà il suo posto quegli, che sarà chiamato dopo di lui.

Nei nostri paesi statutarii, ove non abbiamo istituzione d'erede, da cui dipendano i testamenti, ed i nostri testamenti propriamente non essendo che codicilli *ab intestato*, nè avendo altri eredi che quelli chiamati dalla legge, è evidente che le sostituzioni testamentarie, o universali o singolari non posseno mai ricevere nocumento nè per parte dell'erede, nè per parte dei legatarii universali che ne sono gravati; perchè, sia che l' erede, o legatario, o donatario universale, o singolare che è stato gravato della sostituzione universale, o singolare premuoja, sia che ripudii l'eredità, il legato, o la donazione universale; queglino che in loro mancanza, o in loro vece raccoglieranno i beni, o anche l'eredità giacente, saranno tenuti alle sostituzioni; *Sentenza del* 26 *febbrajo* 1715 *nel sesto tomo del Giornale*; *Sentenza del* 9 *febbrajo* 1718 *nel volume settimo del Giornale*. Del resto essi non ne sono tenuti che alle condizioni medesime, le quali sono state apposte alla sostituzione. Per esempio, se un legatario universale è stato onerato di restituire dopo la sua morte ad alcuno i beni, che gli sono stati legati, e questo legatario universale ripudia il legato,

l'erede *ab intestato*, a cui rimangono i beni legati, non sarà tenuto alla sostituzione, che sotto la condizione della morte di questo legatario universale, che è stata apposta alla sostituzione.

ARTICOLO II.

Della estinzione delle sostituzioni per parte del sostituito.

Per parte del sostituito la sostituzione si estingue morendo esso prima della di lei apertura, o quando a tal epoca sia incapace a raccoglierla come se avesse perduta la vita civile. La diseredazione, quantunque giustamente pronunziata da un padre contro alcuno de' suoi figli, non rende questo figlio diseredato incapace di raccogliere la sostituzione dei beni di cui questo padre è stato gravato verso dei suoi figli; perchè questa diseredazione non gli toglie i diritti di famiglia, nè la qualità di figlio, per la quale è chiamato alla sostituzione. Il padre diseredandolo non ha potuto privarlo che de' suoi beni, non già dei beni sostituiti, i quali coll' apertura della sostituzione cessano di appartenergli.

È la decisione dell' *art.* 29 della Ordinanza, la quale ha però due eccezioni. La prima è, se l'autore della sostituzione aveva egli stesso colla sua disposizione eccettuato quelli, che sarebbero diseredati. La seconda è, quando il diseredato si trova in alcuno dei casi, pei quali le Ordinanze privano alcuno di ogni diritto a tutte le eredità; perchè ciò comprende non solo le successioni legittime, ma anche quelle a titolo di sostituzione.

La sostituzione si estingue pure col ripudio, che ne fa il sostituito; si può domandare, riguardo a questo ripudio, quando si possa fare, come si faccia, e quale ne sia l' effetto.

§ 1. *Quando si faccia il ripudio di una sostituzione.*

Sembra che il ripudio di una sostituzione non possa farsi, che quando essa è aperta, perchè per ripudiare un diritto bisogna, che esista; ciò che non esiste ancora non può essere nè accettato, nè ripudiato.

Contuttociò quantunque non vi possa essere ripudio propriamente detto di una sostituzione, prima che sia aperta, si può fare qualche cosa di equivalente; perchè prima dell' apertura della sostituzione il sostituito può convenire col gravato, che in caso, che la sostituzione si apra in appresso a suo profitto, egli non la raccoglierà.

Il sostituito può egualmente avere una simile convenzione col sostituito ulteriore, che è chiamato alla sostituzione in sua mancanza. Queste convenzioni non si possono fare vivente l'autore della sostituzione, perchè le convenzioni riguardanti i beni di un vivo, hanno qualche cosa di contrario ai buoni costumi.

Ma quando si fanno dopo la sua morte, prima dell' apertura della sostituzione, devono essere mantenute.

§ 2. *Come si fa il ripudio di una sostituzione.*

Quando la rinunzia alla sostituzione si fa dopo che è aperta, essa può farsi colla sola dichiarazione, che il sostituito fa della volontà, che ha di rinunziare alla sostituzione, la quale però deve essere costatata per iscritto.

Quando la rinunzia alla sostituzione si fa, prima che sia aperta, essa in tal caso non può farsi, che per un atto innanzi notaro, stipulato o col gravato, o con quello che è chiamato in difetto del rinunziante; del quale atto deve rimanere minuta, sotto pena di nullità.

Esigendo quest' atto l' Ordinanza, pare che abbia rigettato le rinunzie tacite alle sostituzioni prima della loro apertura, come quella che per induzione si trae dal consenso dato dal sostituito alla vendita, che l' erede gravato aveva fatta di un fondo soggetto alla sostituzione, secondo la l. 120, § 1, *ff. de leg.* 1.° Lo spirito della Ordinanza in questa, come in alcun' altra delle sue disposizioni, è stato di schivare le liti, alle quali potrebbe dar luogo la ricerca della volontà del sostituito.

Osservate, che se questo consenso prestato dal sostituito alla vendita del fondo soggetto alla sostituzione, fra noi non comprende una intiera rinunzia alla sostituzione, almeno deve comprendere un consenso del sostituito

di contentarsi di ripetere dal gravato il prezzo, per cui il fondo sarà stato venduto, all' epoca dell' apertura della sostituzione.

Si osservi pure che rispetto alle sostituzioni, le quali non risultano che da un divieto di alienare, il consenso che a questa alienazione prestano tutti coloro, a prò dei quali è stato fatto questo divieto, deve impedire l'apertura; essendo una remissione che essi fanno della condizione, la quale sola poteva darvi apertura.

Se il consenso formale prestato alla vendita del fondo dal sostituito non comprende una rinunzia alla sostituzione, a maggior ragione quegli, che come notaro riceve, o come testimone assiste semplicemente al contratto di vendita del fondo sostituito, non è presunto obbligarsi a non rivendicare il fondo all' epoca dell' apertura della sostituzione, ma soltanto a prestare il proprio ministero ad un contratto; *l.* 34. § 2. *de leg.* 2.

Quid se nel contratto fosse stato il fondo dichiarato al compratore libero da sostituzione? Il malizioso silenzio del sostituito presente all' atto potrebbe tenersi per un dolo capace ad escluderlo dalla rivendicazione contro di questo compratore.

In una divisione di beni sostituiti che fanno insieme i coeredi, o collegatarj scambievolmente gravati di sostituzione, la clausola con cui promettono di non tornare contro l' atto presente, tanto per una parte, che per l' altra, non comprende rinunzia; perchè a tal oggetto sarebbe stato d' uopo, che essi si fossero reciprocamente permessa la libera alienazione della porzione pervenuta a ciascuno di essi nella divisione, che hanno fatta, e sopra cui si sono promessi di non tornare.

§ 3. *Dell' effetto del ripudio.*

Il ripudio, che dopo l' apertura della sostituzione il sostituito fa, estingue propriamente il diritto, che a questo risulterebbe da quella; con questo ripudio egli trovasi senza diritto, tanto di faccia al gravato, e ai suoi eredi, cui nulla egli può domandare, quanto di faccia a quelli, i quali sono chiamati alla sostituzione semplicemente in sua mancanza, ai quali egli da luogo.

Per esempio, se si fosse detto: Io *voglio che i miei beni, dopo la morte del mio legatario universale, appartengano a Pietro e mancando esso a Giovanni*, Pietro col ripudio che fa della sostituzione, dopo la morte del legatario universale, estingue il suo diritto e apre la sostituzione a vantaggio di Giovanni chiamato dopo di lui.

Quando il sostituito rinunzia alla sostituzione, in forza di una convenzione che stipula col gravato innanzi l' apertura della medesima, questa rinunzia non può estinguere il diritto, che il sostituito potrà avere un giorno in forza dell'apertura della sostituzione, poichè non esiste ancora; questa convenzione forma soltanto un'obbligazione personale fra il sostituito, e il gravato, mediante la quale il sostituito si obbliga verso del gravato a non domandargli i beni sottoposti alla sostituzione, allorquando questa si aprirà a suo vantaggio, e non solo a non domandarli al gravato, ma neppure a tutti coloro, cui essi derivassero da lui; dalla qual convenzione risulta una eccezione diretta ad escludere la domanda, che il sostituito promuovesse per la restituzione di detti beni.

Ma questa obbligazione nascente da una convenzione fra il sostituito, e il gravato, può essere distrutta da una convenzione contraria fra le stesse parti; nel qual caso il sostituito, liberato dalla obbligazione risultante da questa convenzione, potrà raccogliere i beni sostituiti all' epoca dell' apertura della sostituzione, senza che quegli che vi è chiamato, mancando esso, possa pretenderli; la rinunzia fatta alla sostituzione prima dell' apertura da questo primo sostituito non avendo estinto il suo diritto, e non avendone dato alcuno a quello chiamato in sua vece; perchè la convenzione, che contiene questa rinunzia, non essendo stata fatta che col gravato, e non già colla persona chiamata in mancanza del primo sostituito, non ha potuto attribuire alcun gius a questa persona, giusta quel principio: *Conventio inter alios facta, alteri nec prodest, nec nocet.*

Parimenti quando la rinunzia alla sostituzione è stata fatta dal sostituito prima dell'apertura della medesima, in forza di una convenzione stipulata fra il sostituito, e quello chiamato in sua mancanza, senza che il gravato vi sia intervenuto, tale convenzione non forma che una obbligazione personale, colla quale il sostituito s'obbliga verso quello, ch'è chiamato in sua mancanza a lasciargli raccogliere i beni sostituiti, quando la sostituzione sarà aperta. Ma se questa persona chiamata in sua mancanza non potesse raccoglierli attesa la sua morte avvenuta prima dell'apertura della sostituzione, questa convenzione non impedirà al sostituito di domandare al gravato i beni sostituiti, quando la sostituzione verrà ad aprirsi; perchè il gravato non essendo stato parte in questa convenzione, non può ad esso risultarne eccezione alcuna contro la domanda del sostituito, secondo la succitata regola.

In questo le rinunzie, che si fanno prima dell'apertura della sostituzione, differiscono intieramente da quelle che si fanno dopo, le quali estinguono il diritto del sostituito rinunziante, tanto per rispetto al gravato, che a quelli i quali sono chiamati in sua mancanza.

Una seconda differenza fra la rinunzia alla sostituzione, che si fa dopo l'apertura, e quella che si fa avanti, si è che il sostituito, che è chiamato ad una sostituzione in più gradi, quando vi rinunzia prima della apertura di tutti questi gradi, in forza di una convenzione che ha col gravato, si presume che vi rinunzj per tutti i gradi, nei quali potrebbe essere aperta a suo vantaggio contro di questo gravato con cui ha stipulata la convenzione; al contrario, la rinunzia alla sostituzione fatta dopo l'apertura non si presume fatta, che al diritto aperto, non già a quello, cui potrebbe farsi luogo in appresso nei gradi ulteriori nei quali io mi trovassi pure chiamato.

Per esempio, se il testatore avesse ordinato, che i suoi beni dopo la morte del suo legatario universale appartenessero a Pietro, o in mancanza, o sul rifiuto di Pietro a Giovanni, o mancando o ricusando Giovanni, al più prossimo del suo nome; e Pietro dopo la morte del legatario, e perciò dopo l'apertura della sostituzione, vi abbia rinunziato; che Giovanni dopo avere lungo tempo deliberato abbia rinunziato egualmente; e che Pietro sul rifiuto di Giovanni, che dà apertura alla sostituzione a vantaggio del più prossimo del suo nome, si trovi essere il più prossimo, e per conseguenza chiamato alla successione in questo grado; il ripudio da esso fatto della sostituzione, che eragli deferita in primo grado, non lo escluderà dal raccoglierla deferitagli in ultimo grado; perchè egli non ripudia, che il diritto aperto già a suo vantaggio all'epoca della rinunzia.

Al contrario, se Pietro, vivente il legatario universale, e perciò prima dell'apertura di alcuno dei gradi, avesse rinunziato alla sostituzione mediante una convenzione stipulata col legatario universale, si presumerebbe che egli vi avesse rinunziato per tutti i gradi, nei quali in seguito potrebbe rimanere aperta a suo vantaggio; perchè nessuno de'gradi essendo aperto ancora, non vi è ragione per la quale si possa presumere avervi rinunziato piuttosto per un grado, che per l'altro; questa rinunzia deve dunque abbracciare tutti i gradi.

Ma questa rinunzia non si deve estendere alla sostituzione, che fosse stata aperta a vantaggio di un altro, di cui egli fosse divenuto erede dopo l'apertura. Che se egli non avesse rinunziato soltanto ad una sostituzione fatta a suo vantaggio, ma avesse promesso di garentire il compratore, cui si vendesse il fondo sostituito, non solo dal canto suo, ma neppure come erede di un altro sostituito non potrebbe egli molestare questo compratore.

È una questione concernente l'effetto di queste rinunzie, se due fratelli minori gravati reciprocamente di sostituzione l'uno verso dell'altro a favore del superstite, avendo scambievolmente rinunziato a questa sostituzione mediante una convenzione fra loro stipulata, potesse il minore, a di cui vantaggio si fosse aperta la sostituzione per la verificata condizione, essere restituito contro di questa convenzione. La legge 11, *in fin. cod.*

de transactionibus, decide non dover essere restituito; per la ragione che questa convenzione in sè era vantaggiosa all' uno, e all' altro; e il minore che ha domandata la restituzione, non ha sofferto da questa convenzione, se non perchè si è verificata la condizione, lo che non deve essere una ragione per restituire, secondo questa massima: *Non restituetur, qui sobrie rem suam administrans, occasione damni non inconsulte accidentis, sed fato, velit restitui. Nec enim eventus damni restitutione indiget*; *l.* 11. § 4. *ff. de minor.* Questa decisione però deve dipendere molto dalle circostanze, e tali convenzioni fra i minori non devono essere facilmente autorizzate, a meno che non sieno fatte previo consiglio di famiglia, e per buone ragioni.

ARTICOLO III.

Della estinzione delle sostituzioni per l' estinzione delle cose soggettevi, per la mancanza delle condizioni, da cui dipendono, e nel caso che il sostituito diventi unico erede puro, e semplice del gravato.

§ 1. *Della estinzione delle cose soggette alla sostituzione.*

Non vi è dubbio, che l' estinzione delle cose comprese in una sostituzione, che avviene senza fatto, nè colpa del gravato, la estingue per rispetto a queste cose, quando esse sieno del numero di quelle che devono essere conservate in natura.

Per esempio, se un fondo soggetto alla sostituzione è portato via dal torrente, cui è vicino, rispetto a questo fondo la sostituzione si estingue, purchè ciò non sia avvenuto per colpa del gravato, il quale avesse trascurata la riparazione degli argini.

Per la stessa ragione se i mobili destinati a guernire un castello compresi insieme a questo nella sostituzione, colla clausola che sarebbero conservati in natura, sono stati consumati nell' incendio del castello avvenuto per cagione d' un fulmine, la sostituzione si estingue relativamente ai medesimi.

Riguardo ai mobili compresi in una sostituzione per essere venduti, la loro distruzione, quantunque avvenuta per una forza maggiore, non estingue la sostituzione rispetto ai medesimi, che quando ciò sia avvenuto, prima che il gravato abbia avuto il tempo di far procedere alla vendita dei medesimi, il qual tempo deve esser calcolato secondo l' arbitrio del giudice.

Si veda quello che si è detto nel *Trattato dei Testimoni* circa l' estinzione dei legati attesa l' estinzione delle cose legate.

§ 2. *Della estinzione delle sostituzioni per la mancanza delle condizioni.*

Le sostituzioni si estinguono per la mancanza delle condizioni che vi sono apposte. Una condizione è mancata, quando è certo che non si verificherà. Per esempio, se sono stato onerato di restituire a mio figlio i beni che mi sono stati legati, quando egli contrarrà matrimonio, la condizione della sostituzione viene a mancare colla di lui promozione al sacerdozio; perchè è certo che egli non contrarrà matrimonio essendone divenuto incapace col sacerdozio, e per conseguenza, che la condizione non si verificherà più.

Quando vi sono più condizioni apposte ad una sostituzione, una condizione manca, non solo quando diviene certo, che non si verificherà intieramente, ma quando diventa certo che non si verificherà vivente il sostituito; laonde tutte le condizioni delle sostituzioni mancano, e per conseguenza tutte le sostituzioni condizionali si estinguono quando il sostituito muoja prima della verificazione della condizione, perchè colla sua premorienza si rende certo, che la condizione, la quale non è per anche adempita, non si adempirà, mentre egli vive.

Quando vi sono più condizioni apposte ad una sostituzione, purchè non lo sieno per mezzo d' una disgiuntiva, la mancanza di una sola estingue la sostituzione, poichè, come lo abbiamo veduto nella precedente sezione, per l' apertura è necessario l' adempimento di tutte.

Se sono state apposte per mezzo d'una disgiuntiva, siccome in tal caso l' adempimento d' una sola basta per dar luogo alla sostituzione, secondo-

chè lo abbiamo veduto qui sopra, ne conseguita che in tal caso la sostituzione non può estinguersi, che per la mancanza di tutte.

§ 3. *Della estinzione delle sostituzioni, nel caso, che il sostituito diventi l' unico erede puro, e semplice del gravato.*

Quando la sostituzione non è che di cose mobiliari, ed il gravato è morto senza farne rinvestimento di sorta, siccome in tal caso il diritto della sostituzione non consiste che in un semplice credito, che il sostituito ha contro del gravato, la sostituzione rimane senza effetto, quando il sostituito diventa l'unico erede del gravato; perchè con ciò effettua una confusione ed estinzione di questo credito, nel quale solo consisteva il diritto di sostituzione.

Se la sostituzione comprende degl' immobili, o altre cose, le quali devono essere restituite in natura, essa non rimane senza effetto, quantunque il sostituito sia divenuto l' unico erede del gravato; perchè essa ha quest' effetto, che il sostituito, se non ripudia la sostituzione, non tiene questi immobili della successione del gravato, che non glieli ha trasmessi, e il di cui diritto sopra di essi si è estinto e risoluto colla sua morte che ha dato luogo alla sostituzione; ma il sostituito li tiene dalla sostituzione, la quale all' epoca della sua apertura ne ha fatta passare la proprietà dalla persona del gravato nella sua.

Donde segue, che questi immobili, i quali sarebbero proprj nella sua persona, se li tenesse dalla successione del gravato, di cui è stato erede, sono acquisti nella sua persona, se l' autore della sostituzione non era congiunto del sostituito che collateralmente, oppure estraneo.

ARTICOLO IV.

D' un modo d' estinguersi delle sostituzioni, particolare alle sostituzioni graduali, mediante il compimento del numero dei gradi limitati dall' Ordinanza.

Il diritto romano dava una facoltà indeterminata di fare tanti gradi di sostituzioni fidecommissarie, quanti piacessero, e la sostituzione aveva il suo effetto in tutti questi gradi.

L' Ordinanza d' Orleans, *art.* 59, ha limitato questa facoltà indeterminata, ordinando, che per quanti gradi una sostituzione contenga, non possa avere effetto, che per due gradi, non compresa l' istituzione, o altra prima disposizione.

Per esempio, se io ho fatto Pietro mio legatario universale, al quale ho sostituito Paolo, dopo la sua morte, e morto Paolo abbiagli sostituito Giacomo, e dopo di questi Giovanni; quando Paolo dopo la morte di Pietro mio legatario universale, avrà raccolta la sostituzione, e adempito il primo grado, e Giacomo dopo la morte di Paolo avrà parimenti raccolta la sostituzione, e adempito il secondo grado, essa per gli altri gradi rimarrà estinta; Giacomo, secondo sostituito, possederà liberamente, e senza l' onere della sostituzione, di cui il testatore lo aveva gravato verso di Giovanni, il quale rimane estinto per l' adempimento della sostituzione nei due gradi.

Siccome l' Ordinanza d' Orleans riguarda soltanto le sostituzioni future, quella di Moulins intervenuta posteriormente ha provveduto a quelle anteriori all' Ordinanza d' Orleans, e le ha limitate a quattro gradi.

La nuova Ordinanza del 1747 ha confermato le disposizioni di queste due Ordinanze, *art* 30; ma non ha abrogato, che in futuro, l' uso di alcune provincie, le quali avevano esteso le sostituzioni a quattro gradi; *art.* 31.

Quest' uso è fondato sopra una cattiva interpetrazione della Ordinanza di Moulins, che è stata applicata a tutte le sostituzioni indistintamente, quantunque non disponga che per quelle, le quali sono anteriori alla Ordinanza d' Orleans, cui essa non deroga.

L' Ordinanza del 1747, non ha neppure abrogato per l' avvenire l' uso di certi paesi conquistati, dove queste Ordinanze non sono osservate, e dove le sostituzioni sono illimitate; *art.* 32.

In questa diversità di leggi si deve

seguire quella della provincia, dove sono situate le cose soggette alla sostituzione; e riguardo alle cose, che non hanno situazione, la legge del luogo, dove l' autore della sostituzione aveva il suo domicilio al tempo della morte, se si tratta di sostituzione testamentaria, o al tempo della donazione, se è contenuta in una donazione fra vivi, o in un contratto di matrimonio.

I testatori, o donanti non possono derogare, neppure mediante contratto di matrimonio, alle Ordinanze che sono concepite in termini proibitivi.

Essi non possono derogarvi nè direttamente, nè indirettamente; laonde un testatore, o un donante non può validamente ordinare, che quelli, i quali raccoglieranno i suoi beni in secondo grado, saranno obbligati a disporre essi pure in vantaggio della famiglia; perchè ingiungendo loro questo sarebbe veramente un gravarli di sostituzione.

Se alcuno prima dell' editto del 1749, che vieta di legare degli immobili alle comunità, avesse legato una terra ad un ospedale, coll' onere a questo di non goderne che dopo la estinzione di tutta la propria famiglia, e che l' usufrutto ne appartenesse a' proprj, e dopo la loro morte ai nipoti, e così successivamente di grado in grado fino all' estinzione della famiglia, questa disposizione si potrebbe ella riguardare come contraria alla Ordinanza? A prima vista sembra di no, perchè non pare, che vi sia sostituzione; i figli di primo grado nulla sono obbligati di restituire a quelli di secondo; l' usufrutto di quelli di primo grado si estingue colla loro morte, l' usufrutto di quelli di secondo è un nuovo usufrutto, che è costituito loro dopo l' estinzione del primo, e così dei gradi seguenti. Frattanto se questa disposizione dovesse eseguirsi nella sua totalità, sarebbe *salvis verbis legis, sententiam ejus circumvenire*. Perchè la moltiplicità di questi differenti usufrutti, che si succederebbero gli uni agli altri, ha lo stesso difetto della moltiplicità dei gradi di sostituzione, che la Ordinanza ha voluto togliere. Per la qual cosa benissimo decide Ricard, che questa moltiplicità, di cui il testatore ha ordinata la successione di grado in grado, deve essere tenuta come una sostituzione graduale d' una specie di dominio utile, e temporario, che esso ha riservato alla sua famiglia nel fondo legato all' ospedale, e di cui questo acquista il dominio diretto col diritto di reversione, all' epoca della estinzione intiera della famiglia. Per la qual cosa, quando il figlio di secondo grado dopo la morte di quello del primo, per una specie di primo grado di sostituzione sarà succeduto a questo dominio utile, e temporario, e che dopo la morte di quello di secondo grado, quello del terzo vi sarà parimenti succeduto per una specie di secondo grado di sostituzione, questo dominio utile e temporario d' ora innanzi sarà posseduto liberamente, e non passerà più che *jure haereditario* ai gradi ulteriori, finattantochè si riunisca al dominio diretto di detto spedale, lo che avverrà all' epoca dell' estinzione intiera della famiglia, che è la condizione apposta a questa reversione.

Prima della Ordinanza era questione come si dovessero contare i gradi della sostituzione. La giurisprudenza dei diversi parlamenti era differente. A Parigi si sono sempre contati tanti gradi di sostituzione, quante erano le persone, che l' avevano successivamente raccolta con effetto, quantunque queste persone fossero in uno stesso grado di parentela. A Tolosa, al contrario, i gradi di sostituzione si contavano co' gradi di parentela; e tutte le persone di uno stesso grado, che si erano seguite l' una l' altra successivamente, si presumevano non formare tutte insieme, che un solo e medesimo grado di sostituzione.

Per esempio, se alcuno ha gravato il suo erede, o legatario universale, dopo la sua morte, d' una sostituzione graduale e perfetta verso della sua famiglia, tanto quanto può estendersi una sostituzione, e questo legatario universale, o erede abbia lasciato due figli, Pietro e Paolo, che hanno raccolto i beni nel primo grado di sostituzione; e Pietro essendo morto il primo, la sua porzione sia stata raccolta da Paolo: secondo la giuri-

sprudenza del Parlamento di Parigi, che conta i gradi di sostituzione per persone, la porzione di Pietro primo defunto sarà libera nella persona di Paolo, il quale l' ha raccolta dopo la morte di Pietro, e ne ha fatto un secondo grado di sostituzione; i congiunti del grado seguente non potranno pretendere per diritto di sostituzione, che la porzione, la quale Paolo ultimo defunto aveva raccolta dal canto suo dopo la morte di suo padre. Al contrario, secondo la giurisprudenza del Parlamento di Tolosa, Pietro e Paolo si presumono non avere composto insieme, che un solo grado di sostituzione, ed i congiunti del grado seguente in conseguenza raccolgono in un secondo grado di sostituzione, dopo la morte dell'ultimo defunto, tutti i beni della successione.

La Ordinanza del 1747 ha confermata la giurisprudenza del Parlamento di Parigi, *art* 33 e 34, senza però derogare, per le sostituzioni anteriori alla Ordinanza, agli usi dei Parlamenti che avevano una giurisprudenza contraria; a questo proposito bisogna seguire quella del luogo, dove sono situati i beni.

Non si contano, che i gradi di sostituzione, i quali hanno avuto effetto. Un grado di sostituzione ha effetto, quando la persona chiamata in grado ha raccolto con effetto i beni sostituiti.

Al contrario il grado di sostituzione si presume non avere avuto effetto, quando la persona chiamata al grado non ha raccolto i beni sostituiti, o che sia morta prima dell'apertura, o perchè abbia ripudiata la sostituzione, dopo che essa è stata aperta a suo vantaggio, o anche perchè essendo morta dopo l'apertura, senza dichiarare se accettava, o no la sostituzione, i beni sono passati nel grado seguente.

Per esempio, se un testatore ha ordinato, che dopo la morte del suo erede o legatario i suoi beni apparterrebbero a Pietro, dopo Pietro a Paolo, dopo Paolo a Giovanni; e che Pietro, primo sostituito, sia morto prima dell'erede, o legatario universale gravato, oppure sia sopravvissuto, ma abbia ripudiata la sostituzione, o sia morto senza dichiarare, se intendeva accettare o ripudiare, il grado in cui Paolo raccoglierà i beni sostituiti, quantunque sia secondo, *juxta ordinem scriptum*, sarà contato per primo, perchè il precedente, nel quale era chiamato Pietro, non ha avuto effetto, e per conseguenza Paolo resta gravato della sostituzione verso di Giovanni.

Del rimanente, per poco che quegli, il quale era chiamato alla sostituzione, abbia dichiarata e fatta conoscere la volontà d'accettarla, o mescolandosi nei beni sostituiti, o anche senza esservisi mescolato mediante la sola domanda di tradizione, che avesse promossa, il grado, in cui egli è stato chiamato, si presume riempito, e dev' esser contato.

Ciò ha luogo, quando pure in appresso egli avesse desistito da questa domanda, o da alcun' altra, che avesse promossa contro i debitori dei beni sostituiti; ciò avviene, quando anche avesse lasciato prescrivere, e cadere in perenzione le domande; perchè la sua accettazione della sostituzione, che basta per dare effetto al grado, in cui è chiamato, si fa *nuda contestatione voluntatis*, e una volta fatta essa è irrevocabile. Vi è di più; quand'anche il sostituito avesse ripudiata la sostituzione, se i creditori, in frode dei quali ha fatta questa ripudia, sono stati ammessi a raccogliere in sua vece i beni sostituiti ed a goderne in sua vece per tutta la vita sua, il grado, in cui era chiamato questo sostituito, si presumerà avere avuto effetto, e dovrà essere contato; *art*. 38.

Nelle sostituzioni graduali risultanti da divieto di alienare, come quando un fondo è stato legato ad alcuno, a condizione che non potrebbe essere alienato, e sarebbe conservato per sempre nella famiglia; se colla sua morte questo legatario lo ha trasmesso al suo erede, e questi lo aliena ad un estraneo, quelli della famiglia i quali avranno rivendicato questo fondo per diritto di sostituzione, alla quale ha dato luogo l' alienazione, che ne è stata fatta ad un estraneo, formeranno eglino il primo grado

della sostituzione, o formeranno il secondo soltanto? e l'erede, che è succeduto al legatario, formerà egli il primo? Sembra che essi debbano formare il primo, e che l'erede del legatario, il quale gli è succeduto, non formi un primo grado, poichè egli è succeduto *non jure substitutionis*, ma *jure haereditario*, non essendovi stata apertura della sostituzione, e non essendovi, che le alienazioni fuori della famiglia, le quali dieno apertura a queste specie di sostituzioni. Contuttociò Ricard decide, che l'erede del legatario forma il primo grado della sostituzione, perchè nella sua persona è avvenuta la prima successione nei beni sostituiti; che quantunque questa successione si faccia *jure haereditario*, in certo modo essa si fa pure per la volontà del testatore, il quale difendendo al legatario l'alienazione di essi fuori della famiglia, con questo mezzo l'ha obbligato a conservarli nella sua successione; che se si decidesse in modo diverso ne conseguiterebbe, che ai discendenti sarebbe finalmente interdetto l'alienare; lo che è contrario allo spirito della Ordinanza.

Ci resta da osservare, che il primo grado della sostituzione non è, che il secondo nella disposizione, e che il primo sostituito suppone una persona prima di lui, che abbia raccolto in primo luogo i beni sostituiti, ed abbiane goduto, o dovuto godere fino al tempo della sua morte, o di qualche altra condizione, che abbia dato luogo alla sostituzione.

È ciò che dice l'Ordinanza, *art.* 30: *Tutte le sostituzioni non potranno estendersi al di là di due gradi dal sostituito, oltre il donatario, l'erede istituito, il legatario, o altri che il primo avrà raccolto i beni del donante, o testatore.*

Quando il testatore ha gravato di sostituzione il suo erede *ab intestato*, dopo la sua morte, o sotto qualche altra condizione, quest' erede *ab intestato* forma egli il primo grado della disposizione, oltre il quale non vi possano essere, che due gradi di sostituzione? La ragione del dubbio si è, essere mediante la legge, e non la disposizione del testatore, che quest' erede *ab intestato* ha raccolti i beni del testatore. Al contrario la ragione per decidere, che quest' erede forma il primo grado della disposizione si è, che se egli non ha raccolto il primo questi beni, mediante una disposizione positiva del testatore, è successo in forza di una specie di disposizione, che si può chiamare negativa, avvegnachè il testatore, il quale glieli poteva togliere, ha ben voluto lasciarglieli; ed anche è in conseguenza di questa disposizione negativa, che il testatore ha potuto gravarlo di sostituzione. Si può dunque dire, che l'erede *ab intestato*, gravato di sostituzione, tiene il primo grado nella disposizione del testatore, oltre la quale non vi possono essere più che due gradi di sostituzione: ed egli si trova compreso nei termini della Ordinanza: *O altri che il primo avrà raccolto i beni.*

Del resto, l'erede *ab intestato*, come pure il legatario non possono formare questo primo grado nella disposizione, oltre il quale non vi possono più essere, che due gradi di sostituzione, che quando eglino raccoglieranno i beni per goderne, sia fino alla loro morte, sia fino all' adempimento di qualche altra condizione; che se essi sono obbligati a restituirli immediatamente, non formano un primo grado: perchè non è un raccogliere con effetto i beni sostituiti il raccoglierli per subito restituirli, secondo questa massima: *Non videtur capere qui tenetur statim restituere.* La parola *capere* deve dunque esser presa in tutta l'estensione del suo significato, o piuttosto e come se vi fosse *utilitatem percipere*; altrimenti questa disposizione sarebbe senza fondamento: lo che sarebbe ben ridicolo di supporre. La ragione e l'utilità sono la base delle leggi, e stravagante sarebbe ogni interpetrazione, che ponesse nella necessità di supporre il contrario. Se dunque, per esempio, alcuno ha fatto Pietro suo legatario universale coll' onere di restituire immediatamente una data terra a Giacomo, che il testatore ha ordinato essere sostituita in perpetuo alla sua famiglia, fintantochè la sostituzio-

ne può estendersi, rispetto a questa terra non si conterà nè l' erede *ab intestato*, il quale è investito di tutti i beni del testatore, e neppure il legatario universale, dalle mani del quale il legatario particolare deve ricevere questa terra; ma il primo nella disposizione sarà il legatario particolare, ed oltre il medesimo vi potranno essere sempre due gradi di sostituzione.

Si osservi pure, che quantunque un erede, o un legatario non sia obbligato a restituire i beni sostituiti, che a capo d' un determinato tempo, o all' adempirsi di una data condizione, tuttavia se è obbligato a restituirli con tutti i frutti, che avrà percetti, non forma che un solo e medesimo grado con quello, cui deve restituirli; perchè propriamente non vi è disposizione, che a vantaggio di quello cui deve farsi questa restituzione della cosa con tutti i frutti; colui, il quale deve restituirli, non è che un semplice curatore a questa disposizione, ed un semplice amministratore.

Fine del Trattato delle Sostituzioni.

INDICE

DELLE MATERIE CONTENUTE

NEL TRATTATO

Delle Sostituzioni.

SEZ. V.

SEZ. VI.

SEZ. VII.

Fine dell' Indice del Trattato delle Sostituzioni.

TRATTATO

DEI TESTAMENTI

E DELLE

DONAZIONI TESTAMENTARIE.

ARTICOLO PRELIMINARE

Le donazioni testamentarie sono quelle che sono fatte per testamento. Il testamento è la dichiarazione che fa una persona, secondo la forma prescritta dalla legge, delle sue ultime volontà, rapporto alla disposizione che essa intende fare de' suoi beni dopo la sua morte. Ciò corrisponde a questa definizione delle Instituta: *Testamentum est justa voluntatis de eo quod post mortem suam quis fieri velit*.

Secondo il diritto romano v'è differenza tra il testamento ed il codicillo. Il testamento è l' atto che contiene l' istituzione di erede. I codicilli sono degli atti che non contengono alcuna istituzione di erede, ma soltanto dei legati, e fedecommessi. Secondo i nostri Statuti, i quali non hanno ammessa l' istituzione di erede, non esiste differenza alcuna fra i testamenti ed i codicilli, ed i testamenti non sono tra noi altra cosa, che ciò che nel diritto romano chiamasi *codicillo*.

Nondimeno, secondo l' uso ordinario di parlare, noi intendiamo qui per testamento l' atto che contiene le principali disposizioni del defunto; e codicilli, gli atti co' quali vi ha egli aggiunta qualche altra disposizione. Questa differenza però non è che nelle parole, e non v' ha alcuna differenza, secondo il nostro diritto statutario, fra testamento e codicillo.

Non essendo i nostri testamenti, secondo il nostro diritto statutario, altra cosa sennonchè ciò che nel diritto romano erano i codicilli *ab intestato*, ne segue, che una persona può far varj testamenti, i quali sono tutti validi perchè non contengono nulla di contrario,

CAPITOLO PRIMO.

Della forma dei testamenti.

Il testamento è un atto che appartiene al diritto civile, e che per essere valido deve esser fatto giusta le forme prescritte dalle leggi.

ARTICOLO PRIMO.

Delle regole generali sulle forme dei testamenti.

Vi hanno differenti forme di far testamento, le quali sono autorizzate dalle leggi del regno. Esse tutte hanno ciò di comune, 1°. che ogni persona che vuol fare il suo testamento, in qualunque forma lo faccia, lo dee fare separatamente, e non congiuntamente con un'altra persona; così venne stabilito dall' Ordinanza del 1735, la quale all'*art.* 77 abroga e proibisce l' uso de' testamenti reciproci, tanto fatti da marito e moglie, quanto da altre persone.

Il motivo di questa legge sembra essere stato quello di procurare, che i testatori avessero maggiore libertà, e non fossero esposti alle suggestioni della persona colla quale essi farebbero congiuntamente il loro testamento.

L' Ordinanza eccettua gli atti di divisione tra figli e discendenti, i quali, ne' paesi in cui sono in uso, *art*. 17, possono farsi dal padre e dalla madre congiuntamente; *art*. 77.

Essa dichiara ancora che intende di *nulla innovare per riguardo alle donazioni reciproche per causa di morte . . . . . secondo la riserva espressa dall' art.* 46 *dell' Ordinanza del* 1731. Quest' articolo, al quale si riporta questa Ordinanza, parla dei doni reciproci, e di altre donazioni fatte tra marito e moglie.

Questa disposizione può riferirsi ai testamenti reciproci, che si fanno, nel circondario dello Statuto del Dunois, fra marito e moglie. Ed evvi tanto più ragione di decidere, che questi testamenti abbian continuato ad essere validi dopo l' Ordinanza, in quanto che con questo Statuto non è permesso a un marito e ad una moglie di farsi donazione tra loro sennonchè per testamento reciproco; in modo, che se il testamento reciproco fosse loro interdetto, non potrebbero più usare del diritto, che lo Statuto loro accorda di donarsi reciprocamente; ma le disposizioni fatte in favore de' terzi con questi testamenti devono essere dichiarate nulle dopo l' Ordinanza.

2°. Le forme di testare han di comune, che il testamento, per essere valido, debbe essere fatto in iscritto; così dispone l' art. 1°. dell' Ordinanza del 1735. *Tutte le disposizioni testamentarie saranno fatte per iscritto.* Questo scritto non è richiesto soltanto per far prova di queste disposizioni; ma appartiene ancora alla forma della disposizione: perciò l' Ordinanza rigetta la prova testimoniale delle disposizioni non fatte in iscritto, comunque minima fosse la somma di cui il defunto avesse disposto.

3°. È una regola comune a tutti i testamenti, che non possono farsi con semplici segni. L' Ordinanza, *art*. 2, li dichiara nulli ancorchè fossero stati fatti in iscritto sopra i detti segni; i segni sono sembrati troppo equivoci per autorizzare le ultime volontà espresse in questa maniera.

Vi hanno due forme di testamento, quella del testamento olografo, e quella del testamento solenne: si può ancora aggiungere quella del testamento militare, e quella del testamento fatto in tempo di peste. I testamenti per esser validi devono esser fatti secondo qualcuna di queste forme.

L' Ordinanza del 1735, *art*. 3, dichiara espressamente nulle le disposizioni testamentarie, che venissero fatte col mezzo di lettere.

ARTICOLO II.

Del testamento olografo.

§ 1. *Cosa sia, e dove abbia luogo.*

Il testamento olografo è quello che è intieramente scritto e sottoscritto di

propria mano del testatore. Esso è ammesso in tutti i paesi di diritto statutario; e per le provincie regolate dal diritto scritto, l' Ordinanza del 1735 dice, che sarà ammesso nelle provincie in cui era in uso prima dell' Ordinanza.

In questa varietà di leggi concernenti il testamento olografo, devesi egli eseguire quella del domicilio del testatore, o quella del luogo in cui il testamento è stato scritto? A favore di quella del domicilio, si dice che in fatto di formalità di atti, la regola che si segue è la legge del luogo in cui viene stipulato l' atto. Ma questa regola, dicesi, ha luogo soltanto per gli atti solenni, che sono fatti da persone pubbliche, dovendo queste persone uniformarsi alla legge ed all' uso del luogo, nel quale essi vestono il carattere di pubblici funzionarj. Il testamento olografo invece di esser un atto solenne, è dispensato dalle solennità, se, per conseguenza, la regola testè citata non riceve per esso applicazione alcuna; perciò la sola legge del domicilio del testatore è quella che dee decidere se il testamento olografo debba essere ammesso, o no; poichè quella è la legge che governa ed ha impero sulla di lui persona, e sola può dispensarlo dalle solennità de' testamenti, permettendogli di farne privatamente uno olografo. Dal che risulta, che allorquando il testatore è domiciliato in un paese, in cui la legge permette l' uso de' testamenti olografi, esso può farne in qualunque parte si trovi, e che al contrario non può farlo in alcuna parte se la legge del suo domicilio, a cui è soggetta la sua persona, non glielo permette.

Si dice al contrario a favore dello Statuto del luogo, in cui il testamento olografo è stato fatto, che male a proposito si limita agli atti ricevuti da pubbliche persone la regola che decide, che le forme degli atti vengono regolate dalla legge del luogo in cui sono stati celebrati; che questa regola deve aver luogo riguardo a tutti gli atti soggetti a qualche formalità, tanto se sieno ricevuti da persone pubbliche, quanto da' particolari, e per conseguenza, ch'essa deve aver luogo a riguardo de' testamenti olografi, i quali non sono semplicemente, come dicesi, testamenti dispensati dalle forme, ma testamenti di una forma particolare, l'obbligo imposto al testatore di scriverli per intiero di suo proprio pugno, di mettervi la data e sottoscriverli, costituendo una vera forma. Quest'ultima opinione sembra autorizzata da una decisione del 14 luglio 1722, riferita nel settimo volume del Giornale delle Udienze, la quale ha dichiarato nullo un testamento olografo fatto in Italia.

§ 2. *Della forma intrinseca del testamento olografo.*

La legge non richiede altra cosa per riguardo alla sua forma, senonchè sia intieramente scritto, datato, e sottoscritto dalla mano del testatore. *Ordinanza del* 1735, *art* 20. Una sola parola, che fosse scritta da un' altra mano, renderebbe questo testamento nullo, quand'anche essa fosse superflua nel testamento; perchè non potrebbesi dire che il testamento è *interamente scritto* dalla mano del testatore, ciò che è della forma essenziale di questo testamento. Così venne giudicato pel testamento della dama Berroyer, che aveva lasciato legatario universale suo cognato, *beaufrère*, con un testamento scritto di sua mano, nel quale il termine di *beau* trovavasi scritto in interlinea da un'altra mano, la corte, dopo aver ordinata una perizia, dichiarò nullo il testamento. Osservate però, che una interlinea scritta da un'altra mano non vizia il testamento, se non è provato, che essa ne faccia parte, *puta* colla approvazione, che il testatore avesse fatto dell'interlinea; altrimenti sarebbe in facoltà de' terzi, nelle cui mani cadesse il testamento, di distruggerlo inserendovi qualche interlinea, ciò che non deve essere.

A maggior ragione un testamento scritto dalla mano di un terzo sarebbe nullo sebbene datato e sottoscritto di pugno del testatore, e che ciascuna disposizione fosse postillata di suo pugno con queste parole, *bono per una tal somma.*

Se il testamento contenesse varie disposizioni, che fossero tutte datate

sottoscritte, e che una di esse non fosse intieramente scritta dalla mano del testatore, le altre non sarebbero perciò meno valide; perchè queste disposizioni distinte costituiscono, come altrettanti testamenti, la nullità dell'uno dei quali non dee trar seco la nullità degli altri, per la regola *utile per inutile non vitiatur*. *Secus* se tutte fossero sottoscritte con una sola firma.

La data che l' Ordinanza richiede pel testamento olografo è quella del giorno, mese ed anno in cui vien fatto; *art*. 38. È meglio scrivere questa data in lettere; non sarebbe però meno valido il testamento, se essa fosse scritta in cifre, non essendovi alcuna legge che lo proibisca.

La sottoscrizione deve essere apposta alla fine dell' atto, perchè essa ne forma il complemento e la perfezione. E perciò, se il testatore avesse, dopo ed in calce alla firma, scritto di sua mano qualche disposizione che non avesse sottoscritta, questa sarebbe nulla. Nulla è, a dir vero, necessario di firmare ciascuna disposizione, e la firma del testatore, che trovasi alla fine del testamento, convalida tutte le disposizioni de' testamenti che la precedono; ma questa firma non può riferirsi a ciò che è scritto dopo, nè per conseguenza convalidarlo.

La menzione del luogo, in cui il testamento olografo è stato fatto, non è necessaria per la sua validità, poichè niuna legge la richiede.

Le interlinee non sono proibite in un testamento olografo, basta che vengano riconosciute fatte dalla mano del testatore, per meritar fede.

Le cancellature che si trovano in un testamento olografo; non annullano, che la disposizione che trovasi cancellata; tutte le altre non cessano di sussistere. Se in una disposizione si trovassero anche alcune parole cancellate che non fossero essenziali, queste cancellature non impedirebbero la validità della disposizione in cui si trovassero (decisione dell' 11 luglio 1716): ma se fosse cancellato il nome della cosa o della somma legata, o quello della persona cui è fatto il legato, è evidente che la disposizione non dovrebbe esser valida.

Tutte queste decisioni sono indistintamente vere quando si può leggere ciò che è stato cancellato; ma allorchè le cancellature sono tali, che nulla si possa legare di ciò che fu cancellato, la parte cancellata può qualche volta dar luogo a far annullare tutto il testamento: cioè allorquando il testamento era in mano di colui a profitto del quale era fatto, e che si potesse sospettare che desso abbia fatte le cancellature ; perchè siccome ciò che trovasi cancellato poteva contenere una rivocazione o una limitazione delle disposizioni non cancellate , la volontà del testatore, anche a riguardo delle disposizioni non cancellate, non trovandosi certa , il testamento non deve aver effetto anche a riguardo di queste disposizioni. Sembra che tale fosse il caso della decisione del 1621, citata dagli autori, che ha annullato nella totalità un testamento, nel quale si riscontravano varie cancellature benchè non leggibili ; fuori di questo caso, le cancellature , sebbene non leggibili , non debbon punto colpire di nullità le parti di un testamento che si possono leggere, secondo le leggi 2 e 3, ff. *de his quae in testament. delent.*

§ 3. *Della sua forma estrinseca.*

Noi abbiam veduto ciò che apparteneva alla forma intrinseca ed alla sostanza del testamento olografo; oltre ciò esso è soggetto a delle forme estrinseche, affinchè coloro, a profitto de'quali è fatto il testamento, possano intentare in conseguenza un' azione in giudizio per avere ciò che loro è stato legato. Queste forme sono:

1.° L'atto di deposito che deve farsene presso un notajo dalla persona nelle cui mani trovasi il testamento.

V'ha un caso in cui questo atto è richiesto per la validità del testamento, cioè allorquando il testatore abbia fatto professione religiosa; perchè il suo testamento olografo è nullo, se esso non l' abbia depositato e riconosciuto avanti un notajo prima della professione de'suoi voti solenni. (Ordinanza del 1735, *art*. 21.) Ciò fu ordinato per impedire che i religiosi professi non facessero de' testamenti dopo la loro professione, ai quali potrebbero dare una data anteriore alla fatta professione.

Fuori di questo caso, il deposito del testamento non è richiesto per la validità del testamento medesimo, ma si fa soltanto perchè ne resti l' originale, del quale se ne posson rilasciare delle copie a tutti coloro che vi sono interessati. Per questo motivo si costuma di depositare i testamenti olografi; non importa che si faccia questo deposito prima o dopo la morte del testatore, nè da chi si faccia.

È proibito a'curati, che ricevono dei testamenti, di rilasciarne copia sotto pena di nullità; perciò è loro ingiunto di depositarli presso un notajo immantinenti dopo la morte del testatore, se non l'hanno prima eseguito. (Ordinanza del 1735, *art.* 26.)

2.° Il controllo e il registro, che devon fassi del testamento, appartengono pure alla sua forma estrinseca; queste forme non sono richieste per la sua validità, ma soltanto in favore del fisco. Perciò la domanda pel rilascio di un legato fatto in un testamento non registrato non è invalida; ma colui che l'ha fatta, ed i procuratori che hanno agito in tale giudizio, sono esposti a delle condanne di multa.

3.° Bisogna, che il testamento sia riconosciuto dagli eredi come scritto e sottoscritto di pugno del testatore, o che, dietro il loro rifiuto di riconoscerlo, la scrittura sia verificata dai periti.

Allorchè il testatore lo abbia riconosciuto egli stesso avanti i notaj presso i quali ne fece deposito, come interamente scritto e sottoscritto di suo pugno, io credo, che non occorra alcun' altra verificazione.

Gli atti di deposito e di riconoscenza sono, come abbiam già detto, atti estrinseci al testamento;e perciò quando anche vi si riscontrasse qualche difetto, non lo renderebbero per alcun modo invalido.

ARTICOLO III.

Del testamento solenne ne' paesi di diritto statutario.

§ 1. *Esposizione generale delle formalità dei testamenti solenni nei paesi regolati dagli Statuti.*

I diversi Statuti richiedevano differenti solennità pe' testamenti, alle quali l' Ordinanza del 1735, *art.* 22, ha derogato. Essa ha ordinato, che in tutti i paesi non regolati dal diritto scritto, non vi avrebbero luogo che due forme di testamenti; quella del testamento olografo, del quale si è parlato nel precedente articolo, e quella del testamento ricevuto da pubblici funzionarj.

Le solennità di questo secondo testamento consistono, 1.° in ciò che esso deve esser ricevuto da due notaj, o da un notajo con due testimonj. Le altre persone rivestite di un carattere pubblico che, secondo lo Statuto del luogo, hanno la facoltà di ricevere testamenti, possono riceverli in vece de' notaj.

Negli atti ordinarj si tollera che un notajo sottoscriva per secondo un atto ricevuto da un suo collega, benchè non vi sia stato presente; ma allorchè un testamento è ricevuto da due notaj, è indispensabile che ambedue vi sieno presenti. Se venisse provato che l'uno de'notaj l'avesse sottoscritto senza esservi presente il testamento, sarebbe dichiarato falso, ed il notajo sarebbe sottoposto ad una pena.

I testimonj, che vengono chiamati per la confezione del testamento, devono essere nominati e bastantemente indicati nel testamento, in modo che si possa riconoscerli; però l' ommissione della loro qualità non produce una nullità, purchè sieno altronde bastantemente indicati. Secondo questi principj, con una decisione del 31 agosto 1722 venne confermato un testamento, sebbene la qualità dei testimonj vi fosse stata espressa ne'seguenti termini: *principali abitanti di questo villaggio.*

2.° Il notajo,o qualunque altro pubblico funzionario, che abbia facoltà di ricevere i testamenti, deve scriverlo tal quale il testatore glielo detterà; *art.* 23. Quest'articolo porta espressamente, *i quali notaj, o tabellioni, o uno di essi, scriveranno*, e perciò non è più controverso, che il testamento debba essere scritto dalla mano del notajo, o altro pubblico funzionario che lo riceve, e che non basterebbe che questo funzionario lo facesse scrivere da un altro, ed ei lo sottoscrivesse.

3.° Egli deve, dopo averlo scritto,

farne lettura al testatore, e far menzione di questa lettura; *art.* 23.

4.° Finalmente deve sottoscriverlo, e farlo sottoscrivere dai testimonj e dal testatore; e nel caso, che il testatore abbia dichiarato, che non sa o non può sottoscrivere, dee farne menzione.

Tutte le altre formalità volute dai differenti Statuti non sono più necessarie; per esempio, non è più necessario di esprimere, che il testamento sia stato dettato e nominato, letto e riletto, fatto senza suggestione ec.

Le cancellature, sebbene non approvate, che si trovano ne' testamenti ricevuti da pubblici funzionarj, non fanno alcun difetto e non sono di alcuna considerazione, allorchè non concernono punto la disposizione. (Decisione dell' 11 luglio 1716, al sesto volume del Giornale.)

Le interlinee che vi si trovano sono considerate come nulle; ma non pregiudicano al rimanente del testamento.

§ 2. *Della competenza o capacità di colui che riceve il testamento.*

Il notajo, che riceve il testamento, deve essere competente; bisogna perciò, che esso lo riceva entro i confini della giurisdizione, nella quale è notajo.

Però, i notaj dei *Chatelets* di Parigi, Orleans, e Montpellier, essendo abilitati per un privilegio particolare ad essi a ricevere degli atti in tutta l' estensione del regno, vi possono per conseguenza ricevere de' testamenti. Questo privilegio è stabilito dall'*art.* 463 del nostro Statuto.

Perchè un notajo, sebbene subalterno, sia competente, non è necessario che il testatore sia domiciliato nel territorio della giurisdizione del notajo, nè che i beni de'quali dispone vi sieno situati, avendo cessato di essere in vigore i regolamenti che vietavano ai notaj di stipulare atti per nissun'altra persona, che per quelle domiciliate nella loro giurisdizione, nè per altri beni, che per quelli in essa situati, dopo che gli uffícj de' notaj regj stabiliti nelle giurisdizioni feudali sono stati aboliti.

Un notajo, benchè minore, riceve validamente un testamento, non solo allorchè egli abbia ottenuta dal re una dispensa di età, ma ancora allorchè per surrezione, e sopra un falso estratto battesimale, egli sia stato ricevuto notajo; la buona fede delle parti, che lo vedono rivestito della qualità di notajo, rende validi gli atti ch' ei riceve, secondo ciò che vien deciso in un caso poco differente nella legge *Barbarius Philippus de statu homin.*

Non è così del testamento, che fosse ricevuto da un notajo interdetto, quando anche il testatore avesse ignorata la interdizione; perchè è più facile di averne cognizione, e perchè le interdizioni sono conosciute nel luogo.

Un notajo può ricevere il testamento de' suoi parenti, anche di suo padre, come venne giudicato da una decisione riferita da Lemaitre; egli deve esser meno sospetto di qualunque altro, trattandosi di attestare le ultime volontà di suo padre.

Un notajo apostolico non è competente per ricevere un testamento, perchè questi notaj non sono competenti, che per gli atti che riguardano la giurisdizione ecclesiastica: ora i testamenti non appartengono a questa giurisdizione.

Osservisi però che, con editto di dicembre 1691, il re ha creati de' notaj regj apostolici, a' quali ha concessa la facoltà, similmente che agli altri notaj, di ricevere i testamenti delle persone addette alla Chiesa; ma non è già per la loro semplice qualità di notaj apostolici, ch' essi hanno un tal diritto, ma per la loro qualità di uffiziali regj, ed in forza di quest' editto che loro ne accorda la facoltà.

Sebbene i segretarj del re abbiano il titolo di *notaj*, essi non sono competenti per ricever testamenti.

L' Ordinanza, *art.* 25, permette ai curati di ricever de' testamenti nella estensione delle loro parrocchie, nei luoghi in cui lo Statuto lo permette. Il nostro Statuto di Orleans trovasi in questo numero.

L'Ordinanza lo permette ancora ai curati regolari. Vi era una ragione di dubitarne; poichè i regolari, non godendo dello stato civile, sembravano dover esser incapaci di qualunque uffizio civile, e per conseguenza di ricever testamenti. La risposta a questa ragione si è, che le leggi permettendo

a questi regolari di tenere delle cure, li rendono capaci di tutte le funzioni civili annesse alla loro qualità di curati.

Agitasi quistione di sapere, se un curato interdetto dal superiore ecclesiastico possa ricever de' testamenti. Per la negativa si dice, 1.° che la podestà ecclesiastica non avendo alcun impero sulle funzioni civili, e sopra tutto ciò che è di ordine civile, l'interdizione pronunziata da un giudice ecclesiastico non può, a dir vero, direttamente *et per se* estendersi alla funzione di ricever testamenti, la quale è una funzione civile; ma ch'essa vi si può estendere indirettamente *et per consequentias*, dacchè la legge civile accordando ai curati, nella loro qualità di curati, il diritto di ricever testamenti, e l'interdizione del giudice ecclesiastico sospendendolo dal suo stato di curato, questo curato interdetto dal suo stato è indirettamente interdetto da tutto ciò che vi è annesso, e per conseguenza dalla funzione di ricevere testamenti; 2°. che i re, avendo accordata a' giudici ecclesiastici una giurisdizione ed il diritto di far dei decreti, si deve ritenere che abbiano pure loro accordato ciò che ne è la conseguenza, vale a dire il diritto d'interdire anche dalle funzioni civili quelli contro i quali pronuncieranno un decreto; 3°. che il curato, sebbene interdetto da un giudice ecclesiastico, divien sospetto, e cessa di essere di una riputazione abbastanza integra per poter esercitare pubbliche funzioni; 4°. finalmente si dice, che l'Ordinanza accordando alle persone che officiano, in vece del curato, il diritto di ricever testamenti, suppone bastantemente che il curato interdetto più non ne abbia la facoltà. Tali sono le ragioni che M. . . . ha messo in opera affine di provare, che un curato interdetto dal superiore ecclesiastico non poteva ricever testamenti. Ma sembra potersi rispondere al primo argomento, che egli è vero, che la funzione di ricevere testamenti è annessa alla qualità di curato, ma che da ciò risulta soltanto, che se il curato fosse privato interamente e deposto dal suo stato di curato dal superiore ecclesiastico, sarebbe indirettamente privato dalla facoltà di ricever testamenti; ma l'interdizione non privandolo del suo stato di curato, sospendendolo soltanto dalle funzioni spirituali, che vi sono annesse, una tale interdizione non può estendersi alle funzioni civili, che sono interamente indipendenti dalle funzioni spirituali, e di un ordine differente. Si risponde al secondo, che i nostri re accordando una giurisdizione ai giudici ecclesiastici, hanno loro accordato il diritto di pronunziar condanne e decreti; ma nella stessa maniera che le condanne ch'essi pronunziano non possono estendersi a ciò che è di ordine civile, ch'essi non possono in conseguenza pronunziar pene, che importino privazione dello stato civile, nemmeno di quelle che ne importino la minima diminuzione, come sarebbero le pene infamanti; nell'istessa maniera i decreti, che essi pronunziano, non devono estendersi a ciò che è di ordine civile, e non possono per conseguenza sospendere dallo stato di buona fama, nè dalle funzioni civili, la persona contro cui hanno emesso un decreto. Al terzo argomento si risponde, che gli ecclesiastici essendo sottoposti a due giudici, al civile pe' delitti dell' ordine civile, all'ecclesiastico pe' delitti ecclesiastici, finchè non venne contro il curato emesso alcun decreto dal giudice civile, ma soltanto dal giudice ecclesiastico, ei non può essere giuridicamente sospetto di delitto nell' ordine civile. Al quarto argomento si risponde, che si sono stabiliti dei vicarj non solo pel caso in cui il curato sia interdetto, ma per causa di demenza, d' infermità, o di assenza necessaria; ne' quali casi i curati non potendo esercitare non solo le funzioni ecclesiastiche, ma neppure le civili che loro sono attribuite, era necessario di attribuirle in loro vece a' loro vicarj.

Pe' curati poi contro cui venne decretato l'arresto personale, o la semplice comparsa, da un giudice secolare, in forza di questo decreto, ai termini dell' Ordinanza del 1670, *art.* 11, *tit.* 10, egli è incapace di qualunque funzione civile, e per conseguenza di ricever testamenti.

Viene egli parimenti escluso dalle funzioni spirituali sino a che abbia purgato la pena portata dal decreto;

e ciò non in forza di questo decreto *per se*, non avendo il giudice secolare la facoltà di vincolarlo, ma dei canoni, che escludono dall' esercizio delle funzioni spirituali coloro, che sono esclusi dalle funzioni civili.

Un curato non può ricever alcun testamento fuori la giurisdizione della sua parrocchia Io credo ch'esso non possa ancora nell'estensione della parrocchia ricever testamenti da altri, fuorchè dai propri parrocchiani; perchè il nostro Statuto dice: *il curato del testatore*. Ciò però è disputabile.

Non è però necessario, che il testatore abbia in questa parrocchia un domicilio propriamente detto; basta che ei vi risieda. Di più: allorchè una persona si trova assalita da malattia entro la giurisdizione di una parrocchia, per la quale essa non divisava che di passare, e che vi morisse, il curato della parrocchia può ricevere il suo testamento Così venne giudicato dalla decisione del 2 marzo 1714, inserita nel sesto volume del Giornale delle Udienze.

Un prete secolare, delegato dal vescovo all'assistenza di una cura, ha egual diritto del curato per ricevere i testamenti (Ordinanza del 1735, *art* 25).

Gli assistenti regolari non hanno questo diritto, non avendo l' Ordinanza parlato che de' secolari.

Il nostro Statuto accordava questo diritto ancora ai vicarj, ma la Ordinanza lo ha tolto ad essi; *art*. 25.

Giusta il regolamento di alcuni ospedali, autorizzati da lettere patenti debitamente registrate, i cappellani hanno il diritto di ricevere i testamenti delle persone che ivi si trovano in cura. Il nostro Statuto, *art*. 289, accorda questo diritto a' cappellani dell' *Hotel Dieu* di Orleans pe' testamenti di coloro che vi si trovano ammalati, e che ivi manchino di vita.

Lo Statuto accordando questo diritto ai cappellani pe' testamenti di coloro, che muojono nell' *Hotel-Dieu*, sembra potersene dedurre, che il testamento ricevuto dai detti cappellani divenga nullo allorchè il testatore risanato sia uscito dall'ospedale; ciò può soggiacere a qualche difficoltà.

L'Ordinanza del 1735, *art*. 25, ha conservato questo diritto di ricevere testamenti ai cappellani degli ospedali, che l'avevan precedentemente.

I curati, o altre persone ecclesiastiche, che han ricevuto un testamento, devono immantinenti dopo la morte del testatore, se non lo hanno precedentemente eseguito, depositarlo presso un notajo del luogo; e non possono rilasciarne copie (Ordinanza del 1735, *art*. 26).

Vi sono de' luoghi ne' quali gli uffiziali di giustizia, e persino i cancellieri, han la facoltà di ricevere testamenti; in altri l' hanno gli uffiziali municipali. La Ordinanza del 1735, *art*. 24, conferma tali usi.

É regola comune a tutti coloro, che ricevon testamenti, che, per essere ricevuti validamente, bisogna che non venga fatto loro alcun legato nel detto testamento, nè a' loro parenti Ciò rilevasi dall' *art*. 63 della Ordinanza di Blois, che proibisce ai curati di ricever testamenti nei quali essi, o i loro parenti, fossero legatarj; ciò che la giurisprudenza ha esteso a' notaj, ed altri pubblici funzionarj incaricati di ricever testamenti, essendovi per tutte queste persone una perfetta parità di ragione.

La Ordinanza vietando a' curati di ricever testamenti ne' quali essi, o i loro parenti fossero legatarj, non ha determinato sino a qual grado di parentela. Havvi un Editto in forma di regolamento dell' 11 agosto 1607, che vieta a' notaj di ricever atti riguardanti i loro cugini germani, ed altri parenti più prossimi; dal che pare debba inferirsene esser loro proibito di ricever testamenti ne' quali i loro cugini germani fossero legatarj.

Tuttavia con decisione del 6 luglio 1722, riferita nel settimo volume del Giornale delle Udienze, venne confermato un testamento ricevuto da due notaj, uno de' quali era cugino, per parte di moglie, del legatario universale.

Sebbene un curato profitti indirettamente de' legati fatti alla sua chiesa, per fondazione di anniversarj, tridui ec., esso non cessa di poter validamente ricevere quel testamento, che contenga legati di questa specie; perchè questi legati non si possono riguardare come fatti in di lui favore.

§ 3. *Quali persone possano o no esser testimonj in un testamento.*

I testimonj, la cui presenza è necessaria ne' testamenti, devono aver certe qualità; e siccome i testamenti appartengono intieramente al diritto civile, e che l' officio di questi testimonj è un officio civile, *officium civile*, ne segue che non vi sono, che i cittadini, che godono di tutto il loro stato civile, che possano esser testimonj in un testamento.

Perciò, 1.° gli stranieri, che non sono naturalizzati, non possono esser testimonj ne' testamenti.

2.° I religiosi professi non possono essere testimonj, perchè non godono dello stato civile.

Quand' anche un religioso professo fosse stato sciolto da' suoi voti dal Papa, non sarebbe neppur capace di quest' uffizio; perchè la potestà del Papa, che è tutta spirituale, e che non si estende punto alle cose secolari, non può restituirgli la vita civile ch' egli ha perduta.

I religiosi curati sono egualmente incapaci di tale uffizio; perchè il benefizio, di cui un professo è provveduto, non lo restituisce alla vita civile.

Potrebbe egli almeno esser testimonio nel testamento di uno de' suoi parrocchiani ne' luoghi ove gli Statuti lo abilitano nella sua qualità di curato a riceverlo? La ragione di dubitare si deduce da questa regola di diritto: *non debet ei cui plus licet, id quod minus est non licere*. Ora, dicesi, il ricevere un testamento è qualche cosa di più di quello, che semplicemente servirvi di testimonio. Tuttavia io porto opinione, ch' ei non possa servirvi di testimonio, sebbene possa riceverlo. La ragione di tal differenza sta in ciò, che la sua qualità di curato non lo rende capace, che delle sole funzioni civili che sono annesse alla sua qualità. Potrà egli in conseguenza ricevere il testamento del suo parrocchiano, perchè lo riceve nella sua qualità di curato; le leggi ve lo autorizzano; ma non può servirvi di testimonio, perchè non è nella sua qualità di curato, che servirebbe di testimonio. Per riguardo alla regola *non debet ei cui plus licet* ec. si risponde, che questa regola soffre moltissime eccezioni, e ch' essa non è applicabile ogni qualvolta, come in questo caso, si riscontra disparità di ragione.

Quanto poi al religioso professo vescovo, l' eminenza della dignità dell' episcopato lo restituisce alla vita civile, e lo rende per conseguenza capace di tutte le funzioni civili.

3.° I novizj sono pure incapaci di esser testimonj ne' testamenti (Ordinanza del 1735, *art.* 41). Sebbene essi godano ancora della vita civile, che perderanno solo colla loro professione, nondimeno l' abito religioso, che essi hanno vestito, li separa dal secolo fintantochè lo portano, e li rende incapaci di tutti gli uffizj civili e secolari.

4.° Coloro che han perduta la vita civile per causa di una condanna, tanto per una sentenza in contraddittorio quanto in contumacia, sono pure incapaci di fare l' uffizio di testimonio ne' testamenti.

5.° Lo sono pure coloro che sono stati condannati ad una pena infamante; perchè, sebbene non abbian essi perduta la vita civile, tuttavia l' infamia li rende incapaci di tutti gli uffizj civili.

6.° Coloro contro i quali fu pronunciato un decreto di arresto personale, o anche di semplice comparsa, essendo incapaci di ogni uffizio pubblico e civile, sono anche incapaci di servire come testimonj ne' testamenti.

Noi abbiam già osservato far d'uopo, che il decreto sia emanato da un giudice secolare; non potendo quello emanato da un giudice ecclesiastico estendersi che a' soli uffizj spirituali.

7.° Le donne non possono servir di testimonj nè testamenti (Ordinanza del 1735, *art.* 40), perchè esse sono incapaci di qualunque uffizio civile: *Foeminae ab omnibus officiis civilibus remotae sunt*; *l.* 2. *ff. de reg. jur.* Il pudore del loro sesso, che non permette loro *in coetibus hominum versari*, si è il motivo che le ha fatte escludere.

8.° Per la stessa ragione, coloro i quali non sono bastantemente avanzati in età, non possono servir di testimonj ne' testamenti. L' Ordinanza del 1735, *art.* 39, fissa a venti anni com-

piti l' età per essere capace di questo uffizio; eccettuati i paesi regolati dal diritto scritto, ne' quali basta di avere l' età della pubertà, vale a dire quattordici anni compiti, che è quella di cui il diritto scritto contentasi per la capacità di testare.

Oltre quelli che sono incapaci degli uffizj civili, vi sono ancora altre persone che non possono servir di testimonj in un testamento, vale a dire, 1°. coloro che non sanno sottoscrivere (Ordinanza del 1735, *art.* 44), essendo necessaria la firma de' testimonj nei paesi regolati dal diritto statutario.

2°. I giovani di studio, domestici e servi della persona pubblica, che ha ricevuto il testamento (Ordinanza del 1735, *art.* 42). Nulla impedisce però, che i parenti di colui che riceve il testamento vi servano di testimonj: un testamento, in cui il fratello del notajo che lo aveva ricevuto aveva servito di testimone, venne confermato con decisione del 2 decembre 1669, riferita da Soefve 11. 18. 42.

3.° Finalmente coloro, a cui è fatto in questo testamento qualche legato sia universale, sia particolare; a maggior ragione coloro che ne' paesi regolati dagli Statuti secondo i quali ha luogo l' istituzione d' erede, come nel Berry, vi sono istituiti o sostituiti eredi (Ordinanza, *art.* 43).

Del resto, purchè il legato non venga fatto ad essi medesimi, essi possono servire di testimonj quando anche vi si trovasse qualche legato a favore dei loro figli, ed in ciò i semplici testimonj differiscono da colui, che ha ricevuto il testamento.

ARTICOLO IV.

Delle forme de' testamenti e codicilli ne' paesi di diritto scritto.

Nelle provincie del regno regolate dal diritto scritto hanno luogo due specie di testamenti, il nuncupativo ed il mistico.

§ 1. *Forma del testamento nuncupativo.*

Il testamento nuncupativo si fa a viva voce in presenza di sette testimonj, compresovi il notajo (eccetto che gli Statuti particolari non si contentino di un numero minore), a' quali il testatore dichiara a viva voce le sue volontà, le quali di mano in mano, ch' ei le dichiara, vengono messe in iscritto dal notajo, che deve in seguito farne lettura al testatore, e fare menzione di questa lettura; dopo di che il testamento dev' esser sottoscritto dal notajo, dagli altri testimonj e dal testatore, il tutto senza deviare ad altri atti. Se il testatore dichiara ch' ei non sa o non può sottoscrivere, ne deve esser fatta menzione; *art.* 5.

La menzione che i testimonj sono stati convocati non è necessaria; *art.* 6.

Allorchè il testatore è cieco, bisogna chiamare un ottavo testimonio, che si sottoscrive cogli altri; *art.* 7.

§ 2. *Forma del testamento mistico.*

Il testamento mistico o segreto si fa in questa forma: il testatore dopo avere scritto o fatto scrivere da un altro le sue ultime volontà, che egli dee firmare di suo pugno, presenta a sette testimonj, compresovi il notajo (eccetto che gli Statuti particolari del luogo si contentino d' un numero minore), la carta in cui esse sono contenute chiusa e sigillata, o fatta chiudere e sigillare avanti di essi, dichiara loro che questa carta è il suo testamento scritto e sottoscritto da lui, o scritto da un altro e da esso firmato, dopo di che il notajo stende l' atto di soprascrizione, che dev'essere scritto sulla stessa carta o sul foglio che le serve d' involto, e quest' atto di soprascrizione dev' essere sottoscritto dal notajo, dagli altri testimonj e dal testatore, il tutto senza deviare ad altri atti; e se per un impedimento sopraggiunto dopo la sottoscrizione del testamento, il testatore non potesse sottoscrivere, ne sarà fatta menzione; *art.* 9. Coloro che non sanno leggere non possono fare testamenti mistici; *art.* 11.

Ma la Ordinanza permette a coloro che sanno leggere, sebbene non sappiano sottoscrivere, di fare un testamento mistico, che non sia da essi firmato; chiamando in questo caso un ottavo testimonio, che sottoscriverà l' atto di soprascrizione; e deve esser

fatta menzione della causa per la quale questo testimonio è chiamato.

È evidente che coloro che non possono parlare, non possono fare un testamento nuncupativo; *art.* 8; parrebbe ch'essi non potessero fare nemmeno il mistico, perchè, secondo la forma di quest'ultimo, il testatore deve dichiarare, che la carta ch'ei presenta è il suo testamento, ciò che non può fare colui che non può parlare; tuttavia la Ordinanza permette a coloro, che non possono parlare, di fare un testamento mistico sotto queste condizioni, 1.° che bisogna, che in questo caso il testatore sappia scrivere, e che il suo testamento sia scritto per intiero, dato e sottoscritto di sua mano; 2.° che egli scriva di sua mano alla presenza de' testimonj, sopra l' atto di soprascrizione, cha la carta ch' ei presenta è il suo testamento, e che dal notajo venga fatta menzione, che il testatore ha scritte queste parole in presenza sua, e de' testimonj.

§ 3. *Qualità de' testimonj ne' testamenti, sien nuncupativi, sien mistici.*

I testimoni che sono ammessi a questi testamenti devono avere le qualità enunciate nell' articolo precedente, § 3; e tutto ciò, che ivi abbiamo detto, riceve qui la sua applicazione.

Essi devono ordinariamente sapere scrivere, poichè devono sottoscriversi. Tuttavia, siccome non sarebbe facile di trovar nelle campagne un così gran numero di testimonj che sapessero sottoscrivere, com' è quello richiesto per questi testamenti, la Ordinanza, *art.* 45, permette di servirsi, nei testamenti che saranno fatti altrove che nelle città e borghi murati, di testimonj, che non sappiano sottoscrivere, coll'obbligo di far menzione della dichiarazione che essi avran fatta di non sapere scrivere, e coll' obbligo, che ve ne sieno almeno due che sappiano sottoscriversi.

Ne' soli testamenti mistici possono nell' atto di soprascrizione servire per testimonj coloro che sieno nominati legatarj, tanto universali, che particolari; *art.* 43.

Coloro che sono istituiti o sostituiti eredi, non possono servire di testimonj, tanto ne' testamenti mistici, che in qualunque altra specie di testamento; *art.* 43.

§ 4. *Forma de' testamenti* inter liberos, *e dei codicilli.*

I testamenti fatti *inter liberos*, vale a dire che contengono o una divisione che il testatore fa tra' suoi figli, o una disposizione qualunque a favore di alcuno de' figli o discendenti del testatore, non sono soggetti alle forme qui sopra enunciate; ma possono essere o semplici testamenti olografi, anche ne' luoghi in cui questi testamenti non sono ammessi fra altre persone, o fatti in presenza di due notaj, o di un notajo e due testimonj; *art.* 15, 16 e 17.

Se questi testamenti contenessero alcune disposizioni a favore di qualche altra persona, queste sarebbero nulle, e non si riterrebbero per valide, che quelle fatte a favore de' figli e discendenti del testatore; *art.* 18.

I codicilli, vale a dire quegli atti che non contengono l' instituzione di erede, ma soltanto legati o fedecommessi, non sono soggetti alle forme de' testamenti; basta che sieno fatti in presenza di cinque testimonj, secondo la legge 8, § ult., *Cod. de Codicillis*, ed anche di un minor numero, allorchè gli Statuti del luogo se ne contentano; *art.* 19.

ARTICOLO V.

Della forma de' testamenti militari o di quelli fatti in tempo di peste.

I testamenti militari e quelli fatti in tempo di peste non sono sottoposti a tutte le formalità degli altri testamenti.

§ 1. *Quali persone possono fare un testamento militare, ed in quali circostanze.*

È permesso di fare un testamento militare non solo agli uffiziali e soldati che servono nelle truppe del re, ma ancora a tutti coloro che sono al seguito delle truppe o presso l' inimico, sia a causa delle loro funzioni,

come sarebbero i commissarj di guerra, i cappellani, i chirurghi ec., sia a causa del servigio che prestano agli uffiziali, sia per la circostanza della somministrazione dei viveri e munizioni; *artic.* 31.

Gli uffiziali, soldati ed altre persone testè enunziate, non godono del diritto di fare un testamento militare se non allorchè sono, 1°. o in qualche spedizione militare; 2°. o acquartierati fuori del regno; 3°. o prigionieri presso l' inimico; 4°. o in una piazza assediata, in cui ogni comunicazione sia intercetta.

§ 2. *Della forma de' testamenti militari.*

I nostri testamenti militari non sono assolutamente dispensati da tutte le forme, come lo erano quelli de' Romani; *art.* 29.

In questi testamenti i maggiori ed uffiziali di un grado superiore, i prevosti di armata, i loro luogotenenti e cancellieri, i commissarj di guerra, possono tener luogo di notaj, ed il testamento militare può essere ricevuto o da due di questi uffiziali, o da uno di essi assistito da due testimonj; *art.* 27.

Quelli dei feriti possono essere ricevuti da un cappellano, quando anche fosse religioso professo, o da un cappellano d' ospedale, in presenza di due testimonj; *art.* 27.

Questo testamento dev' esser sottoscritto dal testatore, o dev' esser fatta menzione, ch' egli ha dichiarato non potere o non saper sottoscrivere: deve esser sottoscritto anche da quello che l' ha ricevuto e da' testimonj, o deve esser fatta menzione che i detti testimonj han dichiarato di non sapere scrivere; *art.* 28.

Solo ne' testamenti militari possono intervenirvi de' testimonj che non sappiano scrivere. Ma ciò non ha luogo, che allorquando il testatore sottoscrive egli stesso; *art.* 28.

Parimenti ne' soli testamenti militari possono servir di testimonj gli stranieri non naturalizzati, purchè non sieno marcati d' infamia; *art.* 40.

Quelli che godono del diritto di fare un testamento militare, possono anche farlo nella forma de' testamenti olografi; *art.* 29.

§ 3. *Sino a quando sieno validi i testamenti militari.*

I testamenti militari, non rivestiti delle forme de' testamenti ordinarj, cessano di esser validi sei mesi dopo, che il testatore è di ritorno in un luogo, in cui può testare nella forma ordinaria; *art.* 32.

§ 4. *De' testamenti fatti in tempo di peste.*

In tempo di peste, quelli che si trovano ne' luoghi infetti, tanto che essi si trovino malati o sani, possono, in qualunque paese ciò avvenga, servirsi della forma del testamento olografo; *art.* 35 e 36.

Essi possono ancora, in qualunque paese ciò avvenga, fare il loro testamento, o avanti due notaj, o avanti due uffiziali della giustizia regia, feudale, o municipale, sino ai cancellieri inclusivamente, o avanti uno dei detti notaj o uffiziali e due testimonj, o avanti il curato, vicario o altro sacerdote incaricato di amministrare i sacramenti, e due testimonj; *art.* 35 e 36.

Ciò che è stato disposto relativamente alla sottoscrizione, tanto del testatore quanto di quelli che riceveranno il testamento, e de' testimonj, a riguardo del testamento militare, ha parimente luogo rispetto a quest' ultimo; *art.* 34.

I testamenti fatti in tempo di peste contro la forma di diritto comune, cessano di esser validi sei mesi dopo che la comunicazione venne ristabilita nel luogo infetto, o che il testatore si è traslocato in un luogo nel quale la comunicazione non è punto interdetta; *art.* 37.

CAPITOLO II.

Delle differenti disposizioni che possono contenersi ne' testamenti, e dei vizj che vi si possono riscontrare, e che le rendono nulle.

SEZIONE PRIMA.

Delle differenti disposizioni che possono contenere i testamenti.

§ 1. *Dell' istituzione di erede.*

Secondo il diritto romano, la principale disposizione, che un testamento dee contenere, è la istituzione di erede.

Questa istituzione d'erede è un atto col quale il testatore nomina una o più persone per succedergli in tutti i suoi diritti attivi e passivi. Essa è una formalità tanto essenziale al testamento, che un atto, che non contiene l' istituzione di erede, non può riguardarsi come testamento, ma come un semplice codicillo.

Oltrecciò essa è tanto essenziale al testamento, che se l' istituzione si ritrova viziosa, e che divenga in conseguenza caduca, non essendo erede alcuno di quelli che furono istituiti eredi, sia perchè sieno morti prima del testatore, sia che abbiano ripudiata la sua eredità, il vizio o la caducità dell' istituzione importa la nullità del testamento, eccetto che non sia stata apposta al testamento la clausola che dicesi codicillare, per la quale il testatore dichiara, che se il suo testamento non può valere come testamento, è sua volontà che valga almeno come codicillo; nel qual caso il vizio o la caducità dell' istituzione non importa la nullità delle altre disposizioni contenute nel testamento, come sono, per esempio, i legati, i fedecommessi, i quali sono validi, e che l'erede che succede *ab intestato* è obbligato di soddisfare.

È ancora dell' essenza del testamento, che esso contenga l' istituzione di erede de' figli del testatore, almeno in qualche parte o in qualche cosa della successione, ovvero la loro espressa diseredazione; la preterizione di alcuno de' figli del testatore è un vizio che importa la nullità di tutto il testamento, eccettochè non contenga la clausola codicillare, nel qual caso la preterizione importa la nullità soltanto dell' istituzione degli eredi, e della sostituzione, di cui la detta istituzione fosse stata gravata; le altre disposizioni del testamento non lasciano di esser valide in forza della detta clausola codicillare (Ordinanza del 1735, *art.* 53).

Tutto ciò non ha luogo secondo i nostri Statuti. Essi hanno per massima, che *l' istituzione di erede non ha luogo*; essi non riconoscono altro erede fuori quello, che la legge chiama alla successione di un defunto; essi non permettono ai privati di darsi da sè stessi degli eredi. Perciò, secondo i nostri Statuti, non solo l' istituzione di erede non è richiesta per la validità de' testamenti, ma non vi si può nemmeno fare un'istituzione di erede.

Nondimeno se alcuno in paese di diritto statutario istituisse con suo testamento un erede, questa disposizione non sarebbe nulla, ma varrebbe come legato universale. Quegli che fosse per tal modo istituito non sarebbe erede, ma sarebbe un semplice legatario universale, che dovrebbe domandare il rilascio del suo legato all' erede chiamato dalla legge alla successione.

La Ordinanza del 1735 ha riguardata la legge che ammette l' istituzione di erede, e quella che la rigetta, come leggi reali che esercitano il loro impero soltanto sulle cose che sono situate nel loro territorio, a riguardo di tutte le persone, anche di quelle domiciliate altrove. Secondo questo principio, essa decide che allorquando un testatore, sebbene domiciliato in paese di dritto scritto, fa una istituzione di erede, essa non vale che come un legato universale per riguardo ai fondi situati nel paese di dritto statutario le di cui leggi disapprovano l' i-

stituzione di erede, o anche come semplice legato particolare, se l'istituzione fosse fatta *ex re certa*; *aut ex certa summa*; art. 62.

Vice versa, essa dispone, che l'istituzione di erede fatta da una persona domiciliata in un paese le cui leggi rigettano questa istituzione, non lascia di esser valida pe' fondi situati in un paese le cui leggi ammettono questa istituzione; *art.* 71.

La Ordinanza non si allontana punto da questo principio disponendo co'detti articoli, che per riguardo ai mobili, rendite ed altri effetti che non hanno alcuna situazione, e che in conseguenza seguono la persona del testatore, la istituzione vale come istituzione, o soltanto come legato, secondochè il testatore è domiciliato in un paese le cui leggi ammettono l'istituzione, o in un altro le cui leggi la rigettano; perchè se questa è la legge che dispone, lo è in quanto che essa è la legge da cui sono regolati questi oggetti.

Secondo questo principio, che cioè sia la legge che regola le cose quella che dee decidere, se l'istituzione debba valere come istituzione o come legato, non devesi avere alcun riguardo a quella del luogo in cui vien fatto il testamento. Perciò l'Ordinanza decide, che le disposizioni degli *art.* 68 e 71 abbiano luogo in qualunque sito in cui sia fatto il testamento.

Non si considera, a dir vero, nè il luogo in cui è fatta l'istituzione, nè il domicilio del testatore, per decidere se l'istituzione debba valere come istituzione, o come legato, per riguardo alle cose che hanno una situazione. *Contra*, si ha riguardo a questi luoghi per decidere, se il legato universale debba valere come istituzione; perchè allorquando questo legato è fatto in un paese di diritto statutario da una persona domiciliata in un paese di diritto scritto, questo legato universale vale come istituzione di erede per le cose situate in paese di diritto scritto, e per quelle che seguono la persona del testatore; *art.* 70.

La ragione di questo articolo sta in ciò, che la persona domiciliata in un paese di diritto scritto, che faccia un legato universale nel testamento fatto in un paese statutario, si presume, che abbia voluto testare secondo l'uso del suo paese, e fare un'istituzione di erede; e che se essa si è espressa coi termini di legatario universale, ciò sia accaduto per errore nei termini.

Si ha inoltre riguardo al luogo in cui si fa il testamento per la forma nella quale dev'essere fatta l'istituzion di coloro che hanno diritto alla legittima: perchè, sebbene non basti ad una persona domiciliata in paese di diritto scritto, allorchè fa il suo testamento anche in paese di diritto scritto, di lasciare de'legati a coloro che han diritto alla legittima, dovendo questa esser lasciata a titolo d'istituzione di erede; nondimeno, allorchè essa fa il suo testamento in paese di diritto statutario, il vizio di preterizione non può essere opposto contro il suo testamento, allorchè ha lasciato a queste persone de' legati, sieno universali sieno particolari, i quali legati sono in questo caso favorevolmente riguardati come altrettante istituzioni di erede, e valgono come tali; *art.* 70.

Che se il testatore non avesse nulla ad essi legato, il testamento sarebbe nullo per causa di preterizione, ma quanto alle disposizioni universali soltanto; *art.* 71.

§ 2. *De' legati e fedecommessi.*

Un legato è una disposizione diretta che il testatore fa a favore di qualche persona, sia dell'universalità o di una parte de'suoi beni, sia di qualche cosa particolare.

Dicesi legato particolare il legato di qualche cosa speciale: dicesi universale, il legato dell'universalità de'proprj beni o di una quota di essi; per esempio, se si lega il terzo, il quarto, il ventesimo de'proprj beni.

I legati di una certa specie di beni, tanto pel totale quanto per una quota di essi, sono pure legati universali; come sarebbe se un testatore legasse ad alcuno i suoi beni mobili; o il terzo, il quarto de'suoi beni mobili, o acquisti, o il quinto de' suoi beni proprj o de'proprj di una tale linea. Tutti questi legati sono legati universali, perchè non solo l'universalità generale de'beni di una persona, ma l'universalità de'beni di ciascuna specie, *genera subalterna*, sono delle universalità di beni.

Che se alcuno avesse legato tutti i suoi beni di campagna, o tutti i suoi beni di città, o tutti i suoi boschi, ec. questi non sarebbero legati universali; perchè i beni di campagna o quelli di città sono una specie di cose piuttosto, che una specie di beni; la divisione dei beni è in beni *mobili*, o *immobili*, in *acquisti* e *proprj* di una tale linea, e *proprj* di una tale altra linea. Ma non si sono giammai divisi i beni, *bona*, in beni di città e in beni di campagna.

Osservisi ancora che, onde il legato sia universale, bisogna che sia fatto *per modum universalitatis*. Perciò se una persona non avesse altri beni immobili, che una sola casa, e che lasciasse in legato questa casa ad un tale, questo legato non sarebbe un legato universale, perchè gli è fatto *tanquam rei singularis*, e non *per modum universalitatis*; acciò si potesse riputare come legato universale, conveniva che il testatore avesse legato i suoi beni immobili.

I legati universali differiscono dai particolari in ciò, che i legatarj universali sono tenuti pe' debiti della successione nella proporzione, che la parte de' beni ad essi legata sta al totale della eredità. La ragione si è, che i legati universali sono legati *di beni*, e i beni racchiudono in sè il peso dei debiti, secondo questa massima, *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*. Per lo contrario i legatarj particolari non sono tenuti al soddisfacimento dei debiti; perchè i legati non avendo per oggetto nè i beni nè una quota di beni, ma delle cose particolari, non racchiudono il peso dei debiti, secondo questa regola, *aes alienum universi patrimonii non singularum rerum onus est*. Essi potrebbero esserne però indirettamente tenuti, se il testatore avesse lasciato in legati particolari più di quello che possedeva, fatta la prededuzione de' debiti.

I legati universali ed i particolari convengono fra essi in ciò, che sono sottoposti al rilascio. Il legatario universale, come pure i legatarj particolari, devono domandare all' erede il rilascio del loro legato; perchè il legatario universale, non è erede. In ciò il legato, anche universale, differisce dall' istituzion di erede.

I legati differiscono da' fedecommessi o sostituzioni in ciò, che i legati sono fatti direttamente alla persona del legatario, in vece che i fedecommessi o sostituzioni sono fatti al sostituto coll' interposizione di una altra persona, alla quale il testatore lascia qualche cosa in primo grado, coll' obbligo di restituirla al sostituto. Noi tratteremo delle sostituzioni in un titolo particolare.

§ 3. *Delle altre disposizioni che possono essere contenute in un testamento.*

I testamenti contengono soventi anche delle disposizioni concernenti le esequie del testatore, *puta* sul luogo in cui intende che venga seppellito il suo corpo, o parte di esso, per esempio, il suo cuore, le sue viscere; sulla pompa delle sue esequie, *puta* sul numero delle candele, degli ecclesiastici, delle tappezzerie ec.; sulle preci ch' esso ordina pel riposo dell' anima sua, sull' epitaffio, o altro monumento ch' ei vuole che gli si eriga ec.

È dovere della persona nominata erede dal testatore di aver cura di far eseguire tutte queste disposizioni; ed allorchè il testatore non ha eletto alcun esecutore testamentario, l' onore e la coscienza degli eredi esige, che essi se ne incarichino.

Non si devono tuttavia eseguire queste disposizioni, che in quanto sieno esse ragionevoli. Tale è la decisione di Papiniano nella legge 113, § fin., ff. *de legat*. 1. *Ineptas voluntates defunctorum circa sepulturam, veluti vestes, vel alia super vacua, ut in funus impendantur, non valere Papinianus scripsit*.

SEZIONE II.

Dei differenti vizj che possono riscontrarsi nelle disposizioni testamentarie, e che le rendono nulle.

I vizj che possono riscontrarsi nelle disposizioni testamentarie, e che le rendono nulle, sono l'oscurità, l'errore, la suggestione, i motivi riprovevoli, e certe condizioni che ostano alla natura delle ultime volontà.

ARTICOLO PRIMO.

Dell' oscurità e dell' errore.

§ 1. *Rispetto al legatario.*

Una disposizione testamentaria è nulla per vizio di oscurità, allorchè non si può assolutamente discernere chi sia quegli a favor del quale il testatore abbia voluto farla. Per esempio, se il testatore avesse due amici che portassero amendue il nome di Pietro, co' quali avesse egli vissuto colla stessa amicizia, e che avesse legato in questi termini: Io lego la tale cosa al mio amico Pietro; se non si riscontra alcuna circostanza che possa far presumere, ch' egli abbia voluto legare all' uno dei due Pietri piuttosto che all' altro, niuno dei due potrà provare, che il legato fu fatto ad esso, ciò che è però necessario per fondare la sua dimanda, e per conseguenza il legato rimarrà nullo pel vizio di oscurità. Tale è la dispositiva della legge 10, ff. *de reb. dubiis.*

Per la stessa ragione, la medesima legge decide, che se il testatore avesse fatto de' legati a ciascuno dei due Pietri, e che in seguito con un codicillo avesse rivocato uno di questi legati in questi termini: Io rivoco il legato che ho fatto al mio amico Pietro; sebbene il testatore non ne abbia voluto rivocare che un solo, nondimeno niuno dei due legati avrà effetto, perchè essendo assolutamente incerto quale dei due sia rivocato, niuno dei due Pietri può provare, che il testatore abbia voluto perseverar nel legato fattogli, ciò che è però necessario per appoggiare la sua domanda.

Che se vi abbiano alcune circostanze che possano far presumere che il testatore abbia voluto legare piuttosto all' uno, che all' altro, come nel caso in cui l' uno dei due gli avesse reso de' servigj più rimarchevoli, o se l' uno dei due fosse suo parente, ec. il legato sarà valido per colui in favor del quale militeranno queste circostanze: *Si sit controversia de nomine inter plures, qui probaverit sensisse de se defunctum, ille admittetur*; *l.* 33, § 1, ff. *de condit. et demonst.*

Per la stessa ragione, se il testatore abbia lasciato un legato alla città senza nominare quale città, il legato sarà valido e si presumerà fatto alla città nella quale aveva il suo domicilio; *l.* 39, § 1, ff. *de condit. et demonst.*

Parimenti, se abbia legato all' ospedale senza dire di quale città, il legato si reputerà fatto a quello della città, nella quale egli aveva il suo domicilio.

Quid, s' egli abbia cangiato il suo domicilio dopo fatto il testamento? Io penso, che il legato si debba alla città o all' ospedale della città, nella quale era domiciliato all' epoca, in cui fece il testamento; perchè quella egli aveva in vista all' epoca della confezione del testamento; esso non poteva avere in vista un' altra, nè sapeva a quell' epoca di dover trasferirvi il suo domicilio.

Perchè un legato sia valido, non è necessario che sia nominata la persona cui è fatto, purchè essa sia di altronde designata e che si possa riconoscerla.

L' errore stesso del nome, allorchè non s' ignora quale sia la persona, cui il testatore ha voluto lasciare il legato, non impedisce che questo sia valido. Quindi se un testatore, il quale non ha che una nipote che chiamasi Giovanna, abbia lasciato un legato a sua nipote Maria, il legato sarà valido, e potrà esser chiesto da Giovanna, sebbene il testatore l' abbia

chiamata Maria; perchè non essendovi altra nipote che quella, non può cader dubbio se sia ad essa, che abbia voluto lasciare il legato; e se l'ha chiamata Maria, ciò fu per errore.

Per la stessa ragione l'errore sopra ciò, che il testatore ha allegato per indicare la persona cui lasciava il legato, non vizia punto il legato, allorchè la persona è d'altronde certa. Per esempio, se si legasse al Sig. Letrosne, decano del tribunale, il legato non lascerebbe di esser valido, sebbene egli non sia decano; se io legassi a un tale, mio cugino, o mio fratello, o di un tal paese, il legato sarebbe valido, sebbene egli non fosse nè mio fratello, nè mio cugino, nè del tal paese indicato; l. 33 e 34, ff. *de condit. et demonst.*; *l.* 48, § 3 e 58, § 1, ff. *de haered. instit.*

§ 2. *Dell' oscurità o dell' errore rispetto alla cosa legata.*

Siccome per la validità del legato bisogna che si possa riconoscere a chi il testatore abbia voluto lasciare il legato, così bisogna che si possa riconoscere ciò che ha voluto legare; altrimenti il legato è nullo, secondo questa regola, *quae in testamento ita scripta sunt, ut intelligi non possint, perinde sunt ac si scripta non essent*; *l.* 73, § 3, ff. *de reg. jur.* E perciò, se il testamento porta, che il testatore lega a un tale la somma di ec., e che la quantità di questa somma non si ritrovi scritta, il legato sarà nullo; perchè non si può sapere ciò che il testatore ha voluto legare.

Tuttavia, se il testatore avesse espressa la causa per la quale legava questa somma, di cui ha omesso di esprimere la quantità, e che questa somma possa calcolarsi per la sua relazione colla causa per cui è stata legata, il legato sarebbe valido. Per esempio, se alcuno avesse legato alla città di Orleans la somma di . . . . per farne una tal opera, il legato sarà valido, e si riputerà essere della somma, che sarà calcolato, che quest' opera debba valere; *l.* 30, ff. *de leg.* 2. Se fosse legata ad alcuno la somma di . , . . per pensione vitalizia pe' suoi alimenti, o per l'affitto della sua casa, o per la provvista della sua legna, il legato sarà valido, e sarà della somma cui si stimerà ammontare questi alimenti, o l'affitto della casa, o la provvista della legna, avuto riguardo alla condizione del legatario.

Che se il testatore vivendo passava al legatario una pensione vitalizia, e che ciò apparisse dal suo giornale, allora si riputerà che abbia a lui lasciata quella somma che aveva per costume di annualmente pagargli; *l.* 14, ff. *de ann. leg.*

Allorchè non è del tutto incerto ciò che il testatore ha voluto lasciare a titolo di legato, e che si ignori soltanto quale sia quella di due o più cose che ha voluto lasciare per legato; per esempio, se un tale che possedeva due o più vigne avesse così legato: Io lego la mia vigna, senza dire quale, il legato sarà valido; starà in tal caso alla scelta dell'erede di dare al legatario quella che gli piacerà; *l.* 32 e 33, § 1, ff. *de leg.* 1.

L'errore che cade sul nome della cosa legata non è di alcuna considerazione, allorchè sia certo quale cosa il testatore abbia voluto legare. Per esempio, se io ho legato la mia vigna della *Ciriegiola*, sebbene essa non venga chiamata col nome di *Ciriegiola*, ma di *Corno*, il legato non cesserà di esser valido, *error nominum in scriptura factus, si modo de possessionibus legatis non ambigitur, jus legati non minuit*; *l.* 7, § 1, *Cod. de leg.*

Parimenti non è di alcuna considerazione l'errore che riguarda ciò che il testatore ha addotto per indicare la cosa, che d'altronde ritrovasi bastantemente indicata; per esempio, se io avessi legato la mia vigna del *Corno*, situata nella parrocchia di S. Dionigi, o il Corpo di Dritto legato in vitello; sebbene questa vigna sia nella parrocchia di S. Giovanni, e non di S. Dionigi, sebbene il mio Corpo di Dritto sia legato in alluda e non in vitello, il legato non cesserà di esser valido; perchè *falsa demonstratio non perimit legatum*; *l.* 75, § 1, ff. *de leg. Et quidquid demonstrandae rei additur satis demon-*

stratae, frusta est; *l.* 1, § 8, *ff. de dot. praeleg. Nec solent, quae abundant, vitiare scripturas*; *l.* 94, *ff. de reg. juris.*

§ 3. *Dell' errore sulla causa.*

L' errore su ciò che il testatore ha addotto riguardante la causa che lo induceva a legare, non impedisce che il legato sia valido. Per esempio, se il testatore facendomi un legato abbia dichiarato, che ciò faceva in ricognizione della cura che io ebbi pei di lui affari, *quia negotia mea curavit*; sebbene io non abbia presa alcuna parte ai di lui affari, il legato non cesserà di esser valido; *l.* 17, § 2, *ff. de condit. et demonst.* Perchè è una regola di diritto, *falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret*; *l.* 72, § 6, *ff. d. tit.* Sebbene il testatore abbia espressa una falsa causa, non è però meno vero, ch' egli ha voluto lasciarmi in legato ciò che mi ha legato; e non apparendo essere stata sua volontà di far dipendere il legato, che mi aveva fatto, dalla verità de' fatti da lui dichiarati, e potendo avere avuto un' altra causa diversa da quella espressa, questo legato non mi può essere contrastato.

Avverrebbe altrimenti, se effettivamente apparisse dalle circostanze, che la volontà del testatore è stata di fare dipendere il legato, ch' ei faceva, dalla verità de' fatti. Vedete le Pandette Giustinianee al tit. *de condit. et demonst.*, n. 241 e seg.

ARTICOLO II.

De' legati fatti ab irato.

Il legato si definisce *donatio quaedam*, ec. È dunque della natura del legato, che esso parta da un sentimento di benevolenza per la persona cui vien fatto Tutt' altro motivo, per cui il legato fosse fatto, sarebbe contrario alla sua natura, e dovrebbe renderlo nullo. Da ciò si dedusse che ogni qualvolta le disposizioni di un testamento apparissero aver per motivo non tanto la benevolenza del testatore verso i legatarj, quanto un odio ingiusto, ch' egli aveva pe' suoi eredi, che lo induceva a privarli della sua eredità, le disposizioni testamentarie devono essere dichiarate nulle come fatte *ab irato*. Si leggono varie decisioni che hanno annullati dei testamenti come fatti *ab irato patre.*

Riesce più facile a' figli di far annullare il testamento del padre, come fatto *ab irato*, di quello che ai collaterali. Siccome l'istinto ed il dovere della natura portano i padri e le madri a lasciare i loro beni ai figli piuttosto che ad altre persone; allorchè vi sono prove bastanti di un odio ingiusto che un padre porta a suo figlio, si può facilmente presumere, che sia stato quest' odio il principale motivo che l' ha indotto a lasciare i suoi beni ad altri, a' quali in caso diverso non gli avrebbe lasciati. All' opposto, siccome noi non siamo in obbligo di lasciare i nostri beni a' nostri collaterali, e che l' amicizia può essere un motivo sufficiente per indurci a lasciarli a' nostri amici, quanto lo possa essere una parentela collaterale, non se ne può conchiudere, che l' odio ingiusto che un testatore ha portato ai suoi parenti collaterali, sia stato il motivo che l' abbia indotto a legare i suoi beni ad altri; poichè coloro ai quali gli ha lasciati hanno potuto meritare, indipendentemente da quest' odio ingiusto, l' affezione del testatore che lo indusse a lasciarli ad essi in legato. Tuttavia, se apparisse evidentemente, che il testatore, nel far dei legati col suo testamento, fosse stato indotto da un motivo di odio contro i suoi eredi, sebbene collaterali, come nel caso in cui inavvedutamente lo avesse dichiarato nel suo testamento; per esempio, se avesse detto: Io nomino il tale e tale miei legatarj universali, perchè i miei eredi ne sono indegni; gli eredi, sebbene collaterali, potrebbero fare annullare il testamento.

Le disposizioni di un testamento fatto *ab irato*, non essendo annullate, che a motivo della presunzione, che l'odio ne sia stata l' unica causa, ne segue, che annullando un testamento, perchè fatto *ab irato*, si devono conservare i legati di modica somma fatti a favore di un ospedale o dei dome-

stici, dovendosi presumere, che il testatore avrebbe fatti questi legati quando anche non fosse stato sdegnato col proprio figlio, e che non l' odio ch' ei portava a suo figlio, ma la carità e la riconoscenza sieno stati i veri motivi di questi legati.

ARTICOLO III.

De' legati fatti poenae causa.

Dal principio stabilito nell' articolo precedente, cioè esser proprio della natura de' legati, ch' essi abbiano per motivo principale la benevolenza del testatore verso le persone cui vengon fatti, sembra risultarne, che dovrebbero essere annullati que' legati che il testatore fa piuttosto e principalmente pel motivo di punire il suo erede, di quello che di fare del bene ai legatarj.

Secondo il diritto del Digesto, questi legati che si chiamano *poenae causa relicta*, perchè *magis puniendi, et coercendi haeredis causa, quam benefaciendi legatario, relicta videbantur*, erano nulli. Vedasi il titolo del Digesto *de his quae poenae causa relinq.* Ulpiano porta per esempio di un legato fatto *poenae causa* il seguente: *Si filiam tuam in matrimonio Titio collocaveris, decem milia Seio dato*, Ulp., *tit. de leg.*, § 17, perchè in questo caso sembra, che il testatore abbia piuttosto in vista di impedire al suo erede di maritare la sua figlia a Tizio, e di punirlo quando lo faccia, di quello che sia di fare del bene al legatario.

Del resto bisognava in questo caso esaminare con grande cura quale era stata la volontà del testatore, e se effettivamente la sua mira principale era stata quella di punire l' erede col legato di cui lo gravava, o semplicemente di apporre una semplice condizione a questo legato; perchè, come dice la legge 2, ff. *de his quae poen. caus. poenam a conditione voluntas testatoris separat.* Giustiniano ha abrogato il diritto antico, ed ha ammessi i legati *poenae causa* nel caso in cui l' erede facesse o non facesse qualche cosa, purchè la cosa che il testatore ordinerebbe non fosse una cosa contraria all'onestà pubblica, o alle leggi; l. un. *Cod. de his quae poen. caus.*

Io opino dover noi seguire questa legge di Giustiniano, cioè, che i legati non si devono presumere fatti *poenae causa*; ma allorchè è evidente, che il testatore abbia fatti de' legati *puniendi haeredis causa*, io opinerei, che debba seguirsi la massima del Digesto, come la più conforme a' principj sulla natura de' legati.

Ciò di cui non si può muover dubbio si è, che se i legati, de' quali il testatore ha gravato il suo erede, fossero stati fatti colla mira di eludere le leggi e di far risultar qualche cosa, che le leggi proibiscono, questi legati sarebbero nulli: per esempio, se alcuno avesse legato in tal modo: se il mio erede promuove la tal controversia contro mia moglie, io lego i miei beni, o la tal cosa all' ospedale.

Parimenti, se il legato o fedecommesso, di cui un erede o primo legatario è gravato, tende a interdire a quest' erede o legatario una cosa all' interdizion della quale si oppongono l' interesse pubblico o i buoni costumi, questo legato e fedecommesso sarà nullo *tanquam poenae causa relictum*. Per esempio, se fosse stata legata qualche cosa ad una donzella, che essa fosse obbligata di restituire ad un terzo in caso che si maritasse, questo fedecommesso, di cui essa è gravata nel caso in cui si mariti, è nullo: *commode statuitur etsi nupserit non esse cogendam fideicommissum praestare*; *l.* 22, ff. *de condit. et demonst.* La ragione si è, che questo fedecommesso, di cui questa donzella è gravata, tende a distoglierla dal matrimonio, ciò che è contrario alla pubblica utilità. Questa legge è in osservanza fra noi; avvi una decisione del 15 giugno 1716 in un caso identico, riportata nel 6. volume del Giornale delle Udienze.

Avverrebbe diversamente nel caso di un fedecommesso, del quale fosse gravata la vedova dal suo marito, quando essa si rimaritasse, specialmente quando essa abbia de' figli del suo primo matrimonio.

ARTICOLO IV.

De' legati fatti denotandi causa.

Avendo nell' articolo secondo stabilito il principio, esser proprio della natura de' legati, che sieno fatti per un motivo di benevolenza e di amicizia, che il testatore porta al legatario, ne viene di conseguenza, che quei legati co' quali il testatore insulta il legatario al quale li fa, non sono validi; per esempio, se alcuno legasse così: Io lego la tal cosa a una tale la quale è la più grande meretrice della città. Tale è la decisione della legge 54, *ff. de legat.* 2, *turpia legata, quae denotandi magis legatarii gratia scribuntur, odio scribentis pro non scriptis habentur.*

Non sarebbe lo stesso se un padre legasse così a suo figlio: Io lego la tal cosa a un tal mio figlio scellerato, sconoscente. Questo legato sarebbe valido; si presume che, in questo caso, il testatore non abbia dato questo epiteto a suo figlio affin di disonorarlo, ma per fargli conoscere quanto grande fosse la paterna pietà, che il testatore conserva malgrado tutti i di lui cattivi costumi: *illa institutio valet, filius meus impiissimus haeres esto*; *l.* 48, § 1, *de haered. instit.*

ARTICOLO V.

De' legati per motivo di puro capriccio.

I legati dovendo derivare da una giusta affezione, che il testatore porta al legatario, come abbiamo già stabilito negli articoli precedenti, ne segue che i legati fatti a persone incerte e che non hanno potuto meritare l' affezione del testatore, sono nulli; come, per esempio, se il testatore legasse a coloro che il giorno della sua inumazione occupassero la quarta loggia al teatro.

In forza di un tale principio, secondo il diritto del Digesto, i legati fatti a persone incerte, *incertis personis*, erano nulli. Giustiniano ha abrogato in questo punto il diritto del Digesto, come si può vedere al titolo *de legatis*, delle Instituta; in pratica, la costituzione di Giustiniano deve essere intesa in questo senso, cioè, che i legati fatti a persone incerte, allorchè apparisce alcun plausibile motivo da cui abbiano potuto derivare, sono validi; per esempio, il legato fatto a colui che scoprirà le longitudini sul mare è valido, sebbene fatto ad una persona incerta; perchè è fatto pel motivo di ricompensare uno studio utile alla società, ciò che è un plausibile motivo.

È anche valido il legato fatto ad un postumo, che non era valido secondo il diritto del Digesto; perchè, sebbene sia questa una persona incerta, che non ha per se stessa potuto meritare l' affezione del testatore, il legato però che gli è fatto può derivare dall' affezione, che il testatore può avere per suo padre e sua madre, la quale affezione lo ha voluto dimostrare legando al figlio che nascerebbe da essi, il che è un motivo plausibile: se il postumo legatario non ha potuto per se stesso meritare l' affezione del testatore, ha potuto però meritarla per rapporto a' suoi genitori, ciò che basta.

Per la stessa ragione si dee decidere, che il legato fatto da un testatore a colui che sposerà la di lui figlia o nipote, che non era valido secondo l' antico diritto, deve essere valido secondo la costituzione di Giustiniano; perchè deriva da un plausibile motivo, che è quello di far trovare un migliore partito a sua figlia o nipote; e se questo legatario non ha potuto meritare per sè stesso l'affezione del testatore, che non lo conosceva punto, l' ha potuto meritare per rapporto della persona che egli sposerà.

I legati fatti a' poveri sono pure validi, sebbene non lo fossero secondo l' antico diritto, che riguardava i poveri come persone incerte; perchè questo legato deriva da un motivo plausibile, che è la carità. Osservate, che i parenti poveri del testatore, allorchè ve ne sieno, devono essere preferiti per questo legato; altrimenti si presume fatto ai poveri della parrocchia del suo domicilio.

A riguardo de' legati fatti a persone incerte, che sembrano derivare

da altro motivo, che da un capriccio, come sarebbe quello riferito al principio di quest' articolo, essi non sono validi anche dopo la costituzione di Giustiniano.

ARTICOLO VI.

Dei legati fatti per una causa contraria a' buoni costumi.

§ 1. *Dei legati che tendono espressamente a ricompensare il vizio.*

Un legato è contrario a' buoni costumi, e per conseguenza nullo, allorchè il testatore facendolo ha espresso una causa contraria a' buoni costumi, che lo induceva a farlo; per esempio, se avesse legato in questi termini: Io lego ad un tale la tal cosa perchè si è battuto in duello valorosamente; o perchè mi ha ben servito ne' miei piaceri. Questi sono motivi contrarj a' buoni costumi, perchè tendono a ricompensare ciò, che è proibito dalle leggi o dai buoni costumi.

§ 2. *Della captazione o legato captatorio.*

Le disposizioni testamentarie sono nulle allorchè hanno il vizio della captazione, vale a dire allorchè il testatore le ha fatte colla vista di obbligare colui, a profitto del quale le faceva, di testare parimenti de' suoi beni a di lui favore, perchè questo motivo è evidentemente contrario ai buoni costumi: *captatoriae scripturae neque in haereditatibus, neque in legatis valent*; *l.* 64, ff. *de leg.* I.

Una disposizione è captatoria, e quindi nulla non solamente allorchè io la faccia colla vista di profittare de' beni di colui a favor del quale la ho fatta, ma ancora allorchè io gliela faccio colla mira di carpire i suoi beni a vantaggio di un altro pel quale io m' interessi, *veluti si ita scripserit. Titius si haeredem Mevium a se scriptum ostenderit probaveritque, esto, quod in sententiam senatus consulti incidere non est dubium*; *l.* 71, § 1, ff. *de haered. in tit.*

Del resto, una disposizione non è captatoria, che allorquando io la faccia per obbligare alcuno a disporre de' proprj beni a mio favore, o a profitto di un altro; non quando la faccia per testificargli la mia gratitudine, per aver egli disposto a mio profitto. Per esempio, questa mia disposizione è valida: Io lego a un tale una parte de' miei beni uguale a quella che esso mi ha ne' di lui beni legato ec; *l.* 71; perchè, come dice Papiniano, *captatorias institutiones non eas senatus improbavit quae mutuis affectionibus judicia provocaverunt; sed quarum conditio confertur ad secretum alienae voluntatis*; *l.* 70, ff. *d. t.*

ARTICOLO VII.

Della suggestione.

Una volontà è surretta allorchè il testatore ha dovuto fare le disposizioni che ha fatte colla mira di liberarsi dalle importunità di coloro che ve lo inducevano.

Il vizio della suggestione rende nulle le disposizioni, che ne sono affette; ciò che è conforme al principio da noi stabilito al § secondo, cioè, che è proprio della natura dei legati, che essi derivino da una giusta affezione per le persone a cui favore sono fatti, ciò che non può accertarsi di que' legati che derivano piuttosto dalla voglia che ha avuto il testatore di liberarsi dalle importunità di alcuno.

La suggestione si può provare per iscritto e col mezzo de' testimonj: per iscritto, per esempio, con lettere che fossero state scritte al defunto verso l' epoca della confezione del suo testamento, e trovate dopo la sua morte fra le sue carte, colle quali fosse stato egli vivamente sollecitato di fare le disposizioni che poi ha fatte.

Essa può anche provarsi col mezzo di testimonj: e la prova puramente testimoniale deve essere ammessa allorchè l' erede allega de' fatti concludenti e ben circostanziati, che provano la suggestione, perchè non era stato in sua facoltà di procurarsene un' altra.

Dalle nozioni, che abbiamo dato della suggestione, risulta, che non sa-

rebbe un fatto sufficiente a comprovarla, che all' epoca della confezione del testamento era presente colui, a favor del quale fu fatto; perchè, onde abbia luogo la suggestione, bisogna importunare e sollecitare vivamente. La sola presenza di questa persona all' epoca della confezione del testamento non costituisce dunque una suggestione, allorchè non prova che essa abbia sollecitato il testatore a far quelle disposizioni. Ciò venne giudicato con decisione pronunciata nella gran camera il primo agosto 1750, riportata da Ricard, *Trattato delle Donazioni, parte* 3, *cap.* 1, *num.* 52, che ha confermato un testamento fatto da una moglie a favor del proprio marito, in un paese soggetto allo Statuto di Chartres, sebbene si sostenesse, che il marito era presente quando fu fatto il testamento. Ricard, nel capitolo enunciato, numero 52, porta per esempio di una suggestione, quando nel momento che si fa un testamento vi è una persona che detta le disposizioni del testatore, che il testatore medesimo non fa, che ripetere ed approvare. Ciò mi sembra dipendere dalle circostanze, perchè, se il testatore, a motivo della sua poca intelligenza o della gravezza del male, soffrendo a fare da sè stesso intendere le sue intenzioni al notajo, avesse chiamato una persona confidente, non sospetta e non interessata, per far meglio intendere, io sono di sentimento, che ciò non possa riguardarsi come un fatto comprovante la suggestione. Però, fuori di questa circostanza, potrebbe riguardarsi come un fatto capace a comprovarla.

Osservate che la suggestione, che annulla le disposizioni testamentarie, deve aver luogo all' epoca della confezione del testamento: e perciò Ricard decide assai bene non essere un fatto comprovante la suggestione, quello, che il testatore sia stato vivamente sollecitato a fare le disposizioni che ha fatte in tempi molto anteriori a quello del suo testamento; perchè questi eccitamenti, a' quali ha resistito, non provano che il suo testamento sia stato surretto; egli ha potuto, dopo che tali eccitamenti cessarono, farlo di spontanea volontà; bisogna provare, che essi hanno durato sino al tempo della confezione del testamento.

ARTICOLO VIII.

Di certe condizioni le quali, essendo contrarie alla natura delle ultime volontà, le annullano.

§ 1. *Della condizione* si haeres voluerit.

È di essenza delle ultime volontà, che esse sieno principalmente l'espressione della volontà del defunto, e non di quella di un altro, e che sia il defunto che abbia donato, e non il suo erede che doni. Da ciò segue, che i legati fatti *se l' erede lo vuole, se tale è la sua volontà*, non sono validi, *fideicommissum ita relictum, si volueris restituas, non debetur*; *l.* 11, § 7, ff. *de leg.* 3.

Non è così del legato, che fosse fatto sotto condizione di un fatto il cui adempimento dipende dalla volontà dell' erede; se, per esempio, alcuno avesse legato cento doppie al capitolo di S. Agnano qualora il suo erede assistesse al loro uffizio, questo legato sarebbe valido. Così viene deciso nella legge 3, ff. *de leg.* 2, in cui Paolo risponde, che il legato fatto sotto questa condizione, *haeres dare damnas esto, si in Capitolium non ascenderit*, è valido. Sembrava, che questo caso fosse simile al primo, poichè l' adempimento della condizione, del quale il testatore ha fatto dipendere questo legato, dipendendo interamente dalla volontà dell' erede, che può a sua voglia ascendere o non ascendere al Campidoglio, assistere o non assistere all' uffizio di S. Agnano, sia la stessa cosa, quanto all' effetto, come se il legato fosse lasciato all' arbitrio dell' erede: nondimeno esiste una grande differenza fra questi due casi. Allorchè il testatore lega qualche cosa ad alcuno espressamente, *se l' erede lo vuole*; essendo l' erede eletto espressamente arbitro assoluto della disposizione, essa non è più la volontà del defunto, bensì quella dell' erede: ma nell' altro caso l' erede non è punto lasciato espressamente arbitro della disposi-

zione; e solo per una conseguenza l'effetto della disposizione dipende dalla volontà dell' erede: perchè il testatore ha fatto il legato sotto una condizione, che sta in suo potere, e non si può dire, che il legato dipende dalla sua mera volontà, poichè bisogna, che egli faccia o si astenga da fare qualche cosa per far mancare la condizione del legato.

La legge 11, § 5, ff. *de leg.* 3, stabilisce una differenza più impercettibile fra il legato *si volueris*, e quello fatto sotto la condizione *nisi haeres meus voluerit*; perchè essa decide, che quest' ultimo è valido, e si reputa fatto sotto la condizione dell'approvazione dell'erede, la quale condizione esiste tosto, che l' erede ha dato alcuni segni di approvazione. La differenza fra i due casi sta in ciò che, allorquando il testatore lega in questi termini *si volueris haeres dato*, il testatore nulla dà, ma lascia il suo erede arbitro di dare o di non dare; il legato per conseguenza non è valido e non obbliga l' erede che rimane sempre padrone di non dare sino al punto, in cui abbia dato effettivamente. Ma allorchè il testatore lega in questi termini: *Nisi haeres meus noluerit*, quali corrispondono a questi altri: *sotto la condizione che così piaccia al mio erede, se ciò non gli sarà di fastidio*, è realmente il testatore che dà l' approvazione; la condiscendenza dell'erede è soltanto una condizione apposta al legato, la quale esiste dal momento, che l' erede ha dato i minimi segni d' approvazione, sebbene non in presenza del legatario; ciò che la legge esprime in questi termini: *conditionale fideicommissum est, et primam voluntatem exigit, ideoque post primam voluntatem non erit arbitrium haeredis dicendi noluisse.*

Esiste una assai più sensibile differenza fra il legato *si volueris* e l' altro *si aestimaveris, si putaveris ec.*: la condizione *si volueris* rende l' erede padrone assoluto di dare o non dare la cosa legata, ciò che è contrario alla natura de' legati; ma l' altra *si putaveris, si aestimaveris*, è una condizione che non lascia l' esecuzione del legato alla pura disposizione dell' erede: esso lo costituisce soltanto giudice dell' equità del legato; e l' erede, essendo obbligato di decidere secondo la regola dell' equità, non può dispensarsi dal soddisfare il legato, se lo trova giusto. Perciò se alcuno abbia legato alla sua serva 100 lire di pensione vitalizia in ricompensa de' suoi servigi, qualora l' erede la giudicasse degna, l' erede non potrà dispensarsi dal soddisfar tale legato, eccettochè non provi con ragioni evidenti, che questa serva non meriti una tale ricompensa. Così decide la legge 11, § 7, ff. *de leg.* 3: *Quamquam fideicommissum ita relictum non debeatur, si volueris; tamen si ita adscriptum fuerit, si fueris arbitratus, si putaveris ec. debebitur; non enim plenum arbitrium voluntatis haeredi debit, sed quasi viro bono commissum relictum.*

§ 2. *Del legato che il testatore facesse dipendere dalla volontà di un terzo.*

Il legato che fosse lasciato interamente non alla volontà dell' erede che ne è gravato, ma di un terzo, sarebbe egli valido? Sembra che no: la legge 52, ff. *de condit.*, lo decide espressamente: *Non poterit utiliter legari, si Maevius voluerit Titio decem donam in alienam voluntatem conferri legatum non potest.* La stessa decisione trovasi nelle leggi 32 e 68, ff. *de haer. instit.* La ragione si è, che è proprio della natura e dell' essenza delle ultime volontà di un testatore, che esse sieno l' espressione principalmente delle sua volontà, e non quella di un' altra persona, secondo ciò che poc' anzi abbiamo osservato.

La leg. 43, § 2, ff. *de leg.* 1, sembra contraria a questa decisione; essa dice: *Legatum in aliena voluntate poni potest, in haeredis non potest.*

La vera condizione di questi due testi mi sembra quella addotta da Cujacio: allorchè sembra che il testatore, incerto se legherebbe o no qualche cosa a una persona, se ne è riportato alla volontà di un terzo, il legato non è valido, perchè non è allora principalmente la sua volontà, ma quella di questo terzo. Per esempio, se

alcuno si fosse espresso così : *Io non so se debba legare una tal cosa a Pietro; io gliela lascio se è sentimento di Paolo, che io lo faccia*, un tale legato è nullo ; perchè in questo caso sarebbe la volontà di Paolo e non quella del testatore. Ma allorchè il testatore volendo effettivamente lasciare al legatario la cosa che gli ha legato, ma non volendo che egli abbia questa cosa contro il genio di una terza persona, gliela lascia, *se questa persona vi consenta o punto non vi si opponga*, il legato sarà valido ; perchè è realmente il testatore che vuol legare questa cosa, la volontà della terza persona non è richiesta, che come condizione. Si può citare questo esempio : un testatore lega ad alcuno la sua carica di avvocato del Re, se il suo collega vi consenta : questo legato è valido : perchè è il testatore che vuol lasciare a questo legatario la sua carica di avvocato del Re ; esso non richiede il consenso del suo collega, che come una condizione, perchè non vuol dare al suo collega un compagno che non gli aggradisca.

Rimane una difficoltà ; questa legge stabilisce che una differenza fra la volontà dell'erede e quella di una terza persona : *Legatum in aliena voluntate poni potest, in haeredis non potest*. Ma se noi diciamo, che la volontà di una terza persona può essere apposta soltanto come una condizione al legato, non rimarrà alcuna differenza : perchè noi abbiam veduto poc' anzi, che potevasi anche apporre per condizione del legato la volontà e l' approvazione dell' erede gravato. La risposta si è, che io posso apporre per condizione la volontà di una terza persona che persevera sino al rilascio del legato, in modo che il legatario non possa ottenere il legato, se al tempo della domanda di rilascio questa persona non vi acconsenta, quand' anche essa avesse prima dati alcuni segni di consenso che in seguito avesse ritrattati ; in vece che non si può apporre per condizione a un legato una tale volontà dell' erede, che sarebbe in certa guisa contraddittoria coll' obbligazione che dee contrarre l' erede di soddisfare il legato. La volontà dell' erede, che si può apporre per condizione a un legato, non è che un primo e semplice segno di approvazione, ch' egli non può più ritrattare quando una volta l' ha espressa : *Prima voluntas, post quam primam voluntatem non erit arbitrium haeredis dicendi noluisse* ; *l.* 11 5, § *ff. de leg.* 3.

§ 3. *Di altre condizioni.*

I giureconsulti romani riferiscono altre condizioni che distruggono ed annullano le disposizioni testamentarie; tali sono quelle che racchiudessero il vizio di perplessità o contraddizione, come nel caso seguente : *Titius haeres esto si Sejus haeres erit, Sejus haeres esto si Titius haeres erit*; *l.* 16, *de condit. inst.* Ma questi casi sono casi metafisici , e non si riscontrano punto nella pratica.

Per riguardo alle condizioni impossibili *natura aut jure*, queste non annullano punto la disposizione, ma sono riguardate come non iscritte.

CAPITOLO III.

Delle persone che sono capaci o no di testare ; di quelle che sono capaci o no di ricevere per testamento ; di quelle che si possono o no gravare di legati e fidecommessi.

SEZIONE PRIMA.

Delle persone che sono capaci o no di testare.

Gli Statuti di Parigi e di Orleans dicono : *Ogni persona sana d' intelletto, in età, e capace di usare dei suoi diritti, può disporre per testamento.*

Tali Statuti, con questi termini, *capace di usare de' suoi diritti*, non intendono parlare, che de' diritti annessi allo stato civile.

In paesi di diritto statutario la patria podestà non rende punto incapaci di testare i figli di famiglia; nel che il nostro diritto differisce dal diritto romano, che non permette ai figli di famiglia di testare che del peculio *castrense, et quasi castrense.*

Parimenti la donna maritata, sebbene sottoposta in paesi di diritto statutario alla podestà maritale, non lascia di esser capace di testare, e non ha neppur bisogno (se se ne eccettua un piccol numero di Statuti) dell'autorizzazione di suo marito, sebbene ne abbia bisogno per tutti gli atti fra vivi; la ragione è, che i testamenti per loro natura non debbono dipendere dalla volontà di altra persona, che da quella del testatore, e che d'altronde non cominciano ad avere il loro effetto, che al tempo della morte, in cui cessa la podestà del marito.

Vi si richiedono dunque, secondo i nostri Statuti, tre cose necessarie affinchè una persona abbia la capacità di testare: 1°. lo stato civile; 2°. l'età sufficiente; 3°. l'esenzione da certi difetti di mente o di corpo.

ARTICOLO PRIMO.

Dello stato civile, di cui deve godere il testatore.

Il testamento appartiene al diritto civile; d'onde risulta, che non vi sono che quelli che godono dei diritti di cittadino che possono testare.

§ 1. *Degli stranieri.*

Secondo il principio sopra enunciato, 1°. i forestieri non naturalizzàti sono regolarmente incapaci di disporre per testamento de' beni, che essi hanno in Francia.

Tuttavia questa regola soffre più eccezioni: 1°. per riguardo agli ambasciatori, inviati, residenti, e le persone del loro seguito, cui è permesso testare de'beni mobili ch' essi hanno in Francia; 2°. per riguardo ai mercanti che frequentano le fiere di Lione ed altre, o residenti in certe piazze di commercio, a' quali è permesso, secondo i differenti rescritti de' nostri re, di testare de' loro mobili; 3°. per riguardo a' soldati stranieri, che godono pure dello stesso privilegio; 4°. per riguardo ai sudditi di certe nazioni, che, in forza de' trattati di alleanza stipolati fra il re e queste nazioni, sono eccettuati interamente, o fino a un certo grado, dal diritto di albinaggio; bisogna a riguardo di essi uniformarsi a ciò che è determinato in questi trattati.

Questa regola soffre ancora un'altra eccezione in seguito agli editti relativi a certe rendite, che il re ha permesso agli stranieri di acquistare, ed a riguardo delle quali ha rinunziato al diritto di albinaggio, e permesso agli stranieri, che le comprassero, di disporne per testamento.

2°. I Francesi che hanno perduto il diritto di cittadinanza stabilendosi in paesi esteri, in cui sono morti, sono pure incapaci di testare come gli stranieri.

Non è così di coloro che viaggiano soltanto, o sono prigionieri di guerra; essi non han perduti i diritti di cittadinanza, sebbene sieno morti altrove; ed il loro testamento fatto, sia in Francia sia in paese estero, è valido.

§ 2. *Dei monaci.*

I monaci, avendo perduto lo stato civile colla professione religiosa, non possono far testamento, benchè posseggano un beneficio fuori del chiostro, *puta* una cura ed un peculio.

Il vescovato, per l'eminenza della sua dignità, restituisce al monaco, divenuto vescovo, lo stato civile, e per conseguenza la facoltà di testare.

Vi sono tuttavia degli autori che negan loro questo diritto di testare; ma le decisioni riferite dagli autori avendo giudicato, ch'essi potevano trasmettere la loro successione a'loro parenti, la stessa ragione fa decidere ch'essi possano testare; giacchè il diritto di trasmettere la loro successione suppone la ricupera dello stato civile fatta dal monaco vescovo, come lo suppone il diritto di testare.

I Gesuiti, dopo i loro primi voti, sono veri monaci, e non possono testare; ma allorchè sono stati conge-

dati dalla compagnia, riacquistano lo stato civile e la facoltà di testare. Allorchè vengono congedati dopo l'età di trentatrè anni, la dichiarazione del re vuole, ch'essi non possano succedere a' loro parenti, anche a coloro che cessassero di vivere dopo il loro ritorno al secolo; ma io non sono di sentimento che questa disposizione, fondata sopra ragioni particolari, debba essere estesa ad altri casi, e che non si possa ricusare a questi Gesuiti, ritornati al secolo, tutti i diritti dipendenti dallo stato civile, nel numero de'quali si comprende quello di testare.

I monaci che il papa ha sciolti dai loro voti non ricuperano lo stato civile, nè per conseguenza la facoltà di testare; perchè la podestà del papa, la quale fuori de'proprii stati è tutta spirituale, non può estendersi allo stato civile, e non vi è che il re che possa restituirlo a coloro che lo hanno perduto.

Non è così di quello, che per una sentenza giuridica, pronunziata nel regno dall'autorità competente a conoscere dell'affare, ha fatto pronunziare la nullità de' suoi voti; egli può testare, perchè questa sentenza, che non poteva restituirgli lo stato civile, se lo avesse perduto, dichiarando esser nulli i suoi voti, dichiara che non lo ha giammai perduto.

I cavalieri di Malta, sebbene sieno religiosi, possono nondimeno, in forza di un privilegio accordato al loro ordine e confermato da' nostri re, testare di una parte del loro peculio, colla permissione del loro Gran-Maestro.

§ 3. *Dei condannati.*

Coloro che sono stati condannati alla pena di morte, sia naturale sia civile, quale è quella delle galere a vita o del bando perpetuo dal regno, perdendo in forza di questa condanna lo stato civile, perdono per conseguenza il diritto di testare.

Bisogna eccettuarne, 1°. quelli che sono condannati alla pena di morte naturale da un consiglio di guerra, perchè queste condanne non fanno perdere lo stato civile; 2°. quelli che, essendo stati condannati da una sentenza pronunziata in contraddittorio, sono morti pendente l'appello; o che, essendo stati condannati da una sentenza in contumacia, sono morti entro i cinque anni successivi all' esecuzione della sentenza, che loro sono accordati per presentarsi; o quelli la di cui condanna in contumacia venne annullata a motivo della loro presentazione, o dell' imprigionamento eseguito anche dopo i cinque anni, se non furono posteriormente condannati ad una pena capitale; perchè tutte queste persone si reputano morte *integri status*, e non aver perduto il loro stato civile, che era soltanto in sospeso.

Vi hanno alcuni delitti pe'quali si fa il processo alla memoria del delinquente, cioè quelli di lesa maestà, di eresia, di duello e di omicidio: coloro, la cui memoria è condannata per alcuno di questi delitti, si ritengono come non partecipi dei diritti civili all'epoca della loro morte, e per conseguenza il testamento, ch' essi avessero fatto, non è valido.

Coloro che per rescritti regj sono cacciati dal regno, conservano lo stato civile, e per conseguenza la facoltà di testare; perchè non si può suo malgrado perdere lo stato civile, se non in forza di una condanna giuridica.

Le condanne ad una pena infamante non fanno perdere lo stato civile, sebbene esse lo diminuiscano sotto certi rapporti.

§ 4. *In qual tempo la capacità di testare è essa necessaria?*

Ci rimane ad osservare, che la capacità di testare, risultando dallo stato civile, è richiesta tanto al tempo della morte, quanto al tempo del testamento; per conseguenza, sebbene il testatore godesse del suo stato civile al tempo del testamento che ha fatto, se però lo abbia perduto in forza di una condanna capitale, il suo testamento non sarà valido.

Ciò ha luogo anche riguardo a'beni situati nelle provincie nelle quali

la confisca non ha luogo; perchè solo a contemplazione de' parenti ed eredi del condannato la legge esclude la confisca.

A riguardo di quello che perde la vita civile colla professione monastica, il testamento ch'egli ha fatto prima della sua professione, e che abbia una data certa, è valido; perchè si reputa, che egli sia morto in possesso del suo stato civile nell' ultimo istante, che ha preceduto la sua professione, per una finzione simile a quella della legge *Cornelia*.

Ma il testamento fatto da un monaco, il quale dipoi fosse divenuto vescovo, non sarebbe valido, sebbene ei fosse partecipe dello stato civile al tempo della sua morte, perchè bisogna esser partecipe anche al tempo della confezione del testamento.

Ciò che abbiamo fatto osservare rapporto alla capacità di testare risultante dallo stato civile, e che devesi riscontrare nel testare tanto al tempo della morte quanto in quello della confezione del testamento, non deve essere esteso alle altre specie di capacità, delle quali siamo per trattare; basta che queste si riscontrassero nel testatore al tempo in cui fu fatto il testamento. La ragione della differenza è, ch' esse sono richieste solo per la valida confezione del testamento, in vece, che lo stato civile è richiesto non solo per poter fare un testamento, ma per avere il diritto di trasmettere i proprj beni per testamento; e siccome al tempo appunto della morte questo diritto ha effetto, ne segue, ch' ei deve godere di questo diritto al tempo della sua morte.

ARTICOLO II.

Dell' età richiesta per far testamento.

Le leggi romane permettevano di testare all'età di pubertà cominciata, vale a dire, al maschio all'età di quattordici anni, ed alle femmine all' età di dodici.

Siccome i Romani erano estremamente gelosi del diritto di testare, e di esercitare testando una specie di potere legislativo su ciò che loro apparteneva, hanno creduto che si dovesse presto accordare il diritto di testare. D' altronde, siccome a questa età essi uscivano di tutela, ed acquistavano il diritto di amministrare i proprj beni (l'uso di assegnare dei curati ai minori per amministrare i loro beni non essendosi introdotto, che in seguito, ed altronde dandosi questi curatori solo a coloro che li domandavano), si pensò, che se accordavasi a questa età ai minori il dritto di amministrare i loro beni, dovevasi loro accordare anche il diritto di testare, che ad essi doveva essere molto più caro.

Per riguardo al dritto statutario, gli Statuti sono molto differenti sull'uso di testare; niuno però lo permette così presto come lo permetteva il diritto romano.

Ve ne sono alcuni che fanno distinzione fra gli uomini e le donne; fra l'età per testare de'mobili e quella per testare degl' immobili; fra la età di testare dei mobili ed acquisti, e quella di testare de'beni proprj de' quali essi permettono di disporre. Ve ne hanno alcuni che permettono alle persone di testare almeno di certe cose tostochè sono maritate, sebbene non lo permettano alle altre, che in un'età più avanzata. Noi non entreremo punto nell' esame di questi differenti Statuti; osserveremo soltanto, che per la maggior parte permettono di testare, almeno de'mobili ed acquisti, agli uomini a venti anni compiuti, ed alle femmine ai diciotto compiti.

Quelli di Parigi, *art.* 239, e di Orleans, 293, non fanno distinzione fra gli uomini e le donne, e permettono indistintamente di testare de' mobili ed acquisti all'età di venti anni compiuti.

Una persona ha venti anni compiuti tosto che comincia l'ultimo giorno del suo ventesimo anno, perchè lo Statuto non esige, che sia maggiore di venti anni, ma che abbia vent' anni compiti, ed essa gli ha compiti allorchè ha toccato l'ultimo giorno del suo ventesimo anno, senza che si abbia riguardo a quale ora del giorno sia nata. Gli anni si calcolano a giorni e non ad ore e minuti; e perciò, se

per esempio, io sono nato il primo di gennajo 1700, potrò testare l' ultimo di dicembre 1719 subito dopo la mezza notte, perchè in questo giorno compio il ventesimo anno, e comincio il ventunesimo il primo di gennajo 1720 Tale è la decisione delle legge 6, ff. *qui test. fac pos.*

Essendo la persona inabile a testare prima di questa età, essa non può, per qualunque siasi ragione, far prima di quest'età alcuna disposizione testamentaria. Si legge però in Soefve una decisione, c. 11, c. 163, che ha confermato un legato di modica somma fatto prima di una tale età ad una serva, in ricompensa de' servigi prestati; ma questa decisione non può formar regola.

Per riguardo a' beni proprii, essi non permettono di testare, che alla età di venticinque anni compiti; se però il testatore non avesse nè mobili nè acquisti, essi gli permettono di disporne per testamento all'età di venti anni.

Non v' ha alcuno che non abbia qualche mobile di sua pertinenza, quand'anche questi non consistessero che ne'suoi abiti; ma siccome *parum pro nihil reputatur*, si reputa che una persona non possegga alcun mobile allorchè ciò che possiede non merita alcuna considerazione; ed in questo senso appunto lo Statuto deve essere inteso.

Rimane la quistione di sapere qual legge debbasi seguire per riguardo all'età di poter testare nei paesi regolati da Statuti, che non si spiegarono su questo proposito. Vi sono delle antiche decisioni, le quali hanno giudicato che debbasi seguire il dritto romano; ma oggidì s'incomincia a scostarsi da tale diritto: si devono distinguere in questo diritto le decisioni che sono desunte da' principii del diritto naturale, che i giureconsulti romani, più che altri, hanno profondamente conosciuto, e quelle fondate su gli Statuti particolari di questo popolo. Non si può essere mai abbastanza attaccato alle prime; ma le altre, nel numero delle quali è compresa quella che regola l' età di testare, non sono di alcuna considerazione per noi, che abbiamo Statuti del tutto differenti. Ciò risulta da quello che abbiamo osservato al principio di quest' articolo: e perciò il diritto romano non può servirci di norma a questo riguardo.

Sembra che oggidì la giurisprudenza del Parlamento di Parigi sia, che ne' paesi regolati da Statuti, che non si sono spiegati sull'età di testare, debbasi seguire a questo riguardo quello di Parigi, come il più ragionato su questo punto.

ARTICOLO III.

Dei difetti di mente e di corpo che impediscono di far testamento.

§ 1. *Dei dementi.*

I nostri Statuti vogliono, che il testatore sia *sano di mente*; la pazzia, la demenza, rendono dunque incapace di testare. Ciò è fondato nella natura stessa delle cose: il testamento è la dichiarazione delle nostre ultime volontà; quegli che non ha l' uso della ragione, non può avere alcuna volontà: *furiosi nulla voluntas*.

Il testamento che un uomo demente ha fatto, è dichiarato nullo quand' anche non fosse stato interdetto; perchè non è tanto l'interdizione, quanto la demenza stessa, che lo rende incapace di testare: l'interdizione non fa, che dichiarare la demenza; e se essa può esser in altro modo provata, il testamento, che una persona in questo stato avrà fatto, debbe essere dichiarato nullo.

Sebbene il notajo che avesse ricevuto il testamento abbia dichiarato, che il testatore gli è sembrato sano di mente, gli eredi saranno nondimeno ammessi a provare la sua demenza, Soefve 11, 77; perchè il notajo non può in un tempo così breve, quale è quello che basta per dettare un testamento, giudicare dello stato del testatore; e d' altronde è questa una clausola di uso. Questa clausola è dunque inutilissima, perchè se essa non esclude la prova della demenza allorchè trovasi espressa nel testamento, non pregiudica nemmeno alla validità del testamento allorchè è omessa.

§ 2. *De' prodighi.*

Coloro che sono interdetti per causa di prodigalità, non posson far testamento ; *l.* 18, *ff. qui test. fac. pos.* Ma siccome il prodigo non è privo dell' uso della ragione necessaria, per testare, non è già la prodigalità per se stessa, ma l' interdizione che lo priva della facoltà di testare, privandolo del dritto di disporre de' proprj beni : perciò soltanto dopo l' interdizione egli diviene incapace di testare; nel che differisce da una persona in istato di demenza.

§ 3. *Dei muti.*

I muti che non sanno scrivere non possono testare ; perchè non si può testare che dettando le sue ultime volontà, o scrivendole, non avendo la Ordinanza del 1731 ammessi testamenti fatti col mezzo de' segni.

Io sarei di sentimento che non si dovesse ordinariamente far valere il testamento scritto di proprio pugno da un sordo e muto dalla nascita ; perchè non si può esser sicuri, che esso sia l' opera della sua volontà; e che non l' abbia copiato, senza intendere ciò che copiava, da un esemplare che potrebbe essergli stato presentato.

ARTICOLO IV.

Qual legge debbasi seguire per determinare la capacità di testare.

La leggi che regolano la capacità di testare essendo leggi che hanno per oggetto di regolare lo stato delle persone, ed i diritti che sono annessi al loro stato, ne segue, che queste leggi sono personali, che esercitano il loro impero soltanto sulle persone domiciliate nel loro territorio rispetto a tutti i loro beni, in qualunque parte sieno essi collocati.

Da ciò risulta, che un figlio di famiglia, domiciliato in paese di diritto scritto, non può testare pe' proprj beni , quando anche fossero situati in paese di diritto statutario, eccettochè non provenissero dal suo peculio *castrense* o *quasi castrense* ; e che, al contrario, un figlio di famiglia , domiciliato in paese di diritto statutario, giunto ad un' età sufficiente, può testare de' suoi beni quando anche fossero situati in paesi di diritto scritto.

Per la stessa ragione , un pubere minore di 20 anni, domiciliato in paese di diritto scritto , può testare dei suoi beni, sebbene situati nella giurisdizione degli Statuti di Parigi e di Orleans; ed al contrario, se è domiciliato entro queste giurisdizioni, non può testare de' beni situati in paesi di diritto scritto.

Avvi tuttavia una differenza da farsi tra le leggi che determinano l' età abile per testare de' beni ordinarj, e quelle che per testare de' beni proprj esigono un' età più avanzata di quella richiesta per testare de' beni ordinarj. Le prime sono Statuti personali, non avendo altro oggetto, che quello di regolare lo stato della persona , col definire a quale età debba esser abile ad usare del diritto di testare , che la legge accorda ai cittadini. Ma quelle che proibiscono di disporre de' beni proprj prima di una certa età, anche a quelli che hanno la capacità di testare de' beni ordinarj, sembrano avere per oggetto principale, che questi fondi proprj sieno conservati alle famiglie,interdicendo di disporne prima di una età determinata ; e perciò queste leggi, avendo per oggetto piuttosto le cose, che le persone, debbono riguardarsi come Statuti reali, e per conseguenza non devono esercitare il loro impero, che sulle cose situate nel loro territorio, ed esercitarvelo a riguardo di ogni specie di persone. Pare che dietro questi principj fu giudicato, con decisione riportata nel sesto volume del Giornale delle Udienze, che un giovine di 21 anni domiciliato a Parigi aveva potuto testare dei suoi beni proprj situati nel Berri , sebbene lo Statuto di Parigi, permettendo di testare de' beni ordinarj a 20 anni , non permette di disporre del quinto de' beni proprj che a 25 anni.

SEZIONE II.

Delle persone, che sono o non sono capaci di ricevere per testamento.

Le persone incapaci di testare non sono perciò incapaci di ricevere le disposizioni testamentarie che potrebbero esser fatte a loro favore; se ne possono fare a favore degli impuberi, de' pazzi, degl' interdetti, de' sordi e muti, sebbene queste persone sieno incapaci di testare.

Vi sono quattro specie d' incapacità di ricevere per testamento; una assoluta; una relativa a certe cose determinate; una relativa alla persona del testatore; finalmente vi ha una incapacità di ricevere de' legati relativa alla qualità, che ha il legatario di essere erede di colui, che gli ha fatto il legato.

Osservisi in generale riguardo a tutti gl' incapaci, che ciò che non si può legare loro direttamente, non si può neppure legar loro col mezzo d' interposte persone, legando a una persona, che s' incaricasse secretamente di restituire la cosa legata alla persona incapace.

La prova testimoniale di questa interposizione di persone può essere ammessa, come venne giudicato con decisione del 9 febbrajo 1661, riportata da Soefve, n. 33; in mancanza di prove, si può deferire il giuramento al legatario, che si sospetta essere interposto, se è per sè e non per altri che intende accettare il legato.

ARTICOLO PRIMO.

Dell' incapacità assoluta.

Le persone, che sono prive dello stato civile, hanno un' assoluta incapacità di ricevere per testamento, poichè sono riguardate come non esistenti.

Per conseguenza, 1°. i religiosi professi sono incapaci di ricevere alcuna disposizione testamentaria. Si permettono però i legati di pensione vitalizia fatta a un monaco o ad una monaca a titolo di alimenti; ma essa non deve eccedere ciò che è necessario per alimentarli, e, se eccedesse, sarebbe riducibile. Rapporto alla somma, cui possono ascendere queste pensioni, può servire di norma la dichiarazione del 28 aprile 1693 per le pensioni, che le comunità di monache, stabilite dopo il 1600, possono esigere per la dote di quelle che fanno professione, le quali sono stabilite da questa legge a 400 lire per Parigi, e 350 per le altre città.

Si può certamente dedurne, che una pensione legata ad un monaco o ad una monaca non può eccedere queste somme; che anzi esse possono essere ridotte a meno, secondo che i conventi sono ricchi o poveri, o che la successione dal testatore sia più o meno opulenta.

Osservisi, riguardo a questi legati di pensioni vitalizie fatte a favore dei monaci, che non è punto il monaco ma il convento, in cui egli ritrovasi, che acquista il diritto risultante da questo legato; perchè il monaco, pel suo stato, non può nulla avere di proprio. Pertanto non il monaco, ma il convento ne farà la domanda in giudizio; al convento deve esser fatto il rilascio del legato; e le annate scadute non devono esser pagate al monaco, ma bensì al superiore o ad altro delegato a ricevere la rendita del convento.

Se però questo monaco avesse un beneficio fuori del chiostro, siccome in questo caso il monaco può avere un peculio, e che è autorizzato a fare delle domande in giudizio per tutto ciò che è relativo al suo peculio, potrà per sè stesso fare la domanda del legato di pensione vitalizia a lui fatto, e riceverne le annate scadute, facendo questa pensione vitalizia parte del suo peculio.

2.° I condannati ad una pena capitale, essendo privati dello stato civile, divengono perciò incapaci di ricevere alcuna cosa per testamento.

3.° Le comunità, corporazioni, confraternite, ec., che non sono punto autorizzate nel regno, non hanno al-

enno stato, alcuna esistenza civile, e per conseguenza sono incapaci di ricevere cosa alcuna per testamento. Non vi sono corporazioni autorizzate, che quelle stabilite e confermate con lettere patenti del re, registrate al Parlamento nella giurisdizione del quale esse sono stabilite.

Se una corporazione, cui il testatore ha fatto un legato, non aveva ancor ottenuto le lettere patenti all'epoca del testamento, ma che le avesse avute all'epoca della morte del testatore, il legato sarebbe egli valido? La regola di Catone sembra esservi contraria: *quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit*.

I conventi de'cappuccini, zoccolanti, ed altri simili istituti, sebbene autorizzati da lettere patenti, sono incapaci, pel voto di povertà che essi fanno, di ricevere qualunque legato. Tuttavia si ammettono i legati di modica somma che lor vengono fatti per pregare Iddio, ed anche quelli di somme considerevoli, allorchè sono fatti per la riedificazione o aumento del loro monastero.

4.° Finalmente gli stranieri, sebbene domiciliati in Francia, allorchè non sono naturalizzati, hanno un' assoluta incapacità di ricevere per testamento, perchè tanto il diritto di ricevere per testamento, quanto quello di fare testamento, sono diritti accordati dalla legge civile, e che non possono appartenere se non ai soli cittadini.

ARTICOLO II.

Dell'incapacità relativa a certi beni.

Queste corporazioni e comunità autorizzate, le chiese, gli ospedali, i beneficiati nella loro qualità di beneficiati, e generalmente tutti coloro, che si comprendono sotto il nome di mani-morte, non sono assolutamente incapaci di ricevere le disposizioni testamentarie fatte a loro favore. Si può loro legare del denaro, ed altre cose mobiliari, ed anche delle rendite costituite sopra il re, sopra il clero, su le diocesi, su lo stato, su la città o comune; ma, dopo l' editto del 1749, non si può legar loro alcuna rendita costituita sopra particolari, anche nelle provincie in cui queste rendite sono riputate mobili, perchè l' editto è generale; e molto meno si può legar loro alcun fondo o diritto reale. Il detto editto, all' *art.* 17, dichiara nulli i detti legati, ciò che è una conseguenza del divieto generale, che loro fu fatto di acquistare per l' avvenire a qualunque siasi titolo alcuna cosa di questa natura.

Sebbene le mani-morte possano acquistare de' *beni* di questa natura in forza di un permesso speciale del re, accordato con lettere patenti debitamente registrate, ciò non ostante i legati di questa natura, sebbene fatti sotto la condizione di ottenere il permesso del re, non lasciano per questo di esser nulli. Ciò viene espressamente deciso dal detto articolo 17. I legati di questa specie di beni, che fossero fatti a terze persone coll'obbligo di trasmetterne le rendite a dette mani-morte, o col peso di venderli e di loro rimetterne il prezzo, sono parimenti dichiarati nulli dal detto articolo 17.

Per la stessa ragione i legati di denaro fatti a favore delle mani-morte non sono pagabili, che sopra i beni della successione, che sono della specie di quelli ne' quali queste persone sono capaci di succedere, e non sono validi, che fino alla concorrenza del valore de' beni di questa specie, che esistono nella successione, onde soddisfarli.

I legati universali fatti a favor delle mani-morte non comprendono parimenti, che quei beni della successione, a cui queste persone sono capaci di succedere, e non i fondi e rendite, cui sono essi incapaci a succedere

I legati di questa sorta di beni, fatti a mani-morte in un testamento che porta una data autentica anteriore all' editto, sono essi validi, allorchè il testatore è morto dopo l'editto? Le ragioni per la negativa sono, che i testamenti non hanno effetto, che dal giorno della morte del testatore; da questo giorno soltanto i legatarj acquistano un diritto sulle cose che loro sono legate, e le mani-morte trovandosi incapaci in questo tempo di acquistare le dette cose, i

legati, che loro fossero stati fatti, non possono avere alcun effetto. Aggiungasi, che le disposizioni testamentarie sono l' espressione dell' ultima volontà del testatore; esse sono valide perchè si reputano l' espressione della volontà del testatore nell' ultimo istante della sua vita, o almeno nell' ultimo istante in cui è stato capace di volontà. Ora, in questo ultimo istante ei non poteva più volere ciò, che era allora proibito dalla legge. Si adduce in contrario, che l'Ordinanza, all' *art.* 28, dice: *Non intendiamo di nulla innovare per ciò, che concerne le disposizioni o atti fatti a favore delle mani morte, allorchè le dette disposizioni avranno una data autentica avanti la pubblicazione delle presenti, o saranno state fatte da persone morte posteriormente.* Ma si risponde, che gli atti e le disposizioni che avranno una data autentica anteriore all' editto, e di cui parla l'editto, sono gli atti e le disposizioni tra vivi; perchè questi atti hanno effetto dal giorno, in cui è certo, che essi sieno stati stipulati; e che bisogna riferire ai testamenti ciò che si aggiunge *o da persone morte posteriormente.* Ad onta di queste ragioni, l' Hôtel Dieu d' Orleans ha ottenuto per decisione il rilascio del legato universale fatto a quest' ospedale dal Sig. Barré, morto dopo l' editto, perchè il suo testamento aveva una data autentica anteriore all' editto, e la corte aveva già prima giudicata la stessa cosa in un caso simile a favore di un altro ospedale.

ARTICOLO III.

Della incapacità relativa alla persona del testatore.

Vi sono delle persone, alle quali non può il testatore lasciar cosa alcuna, sebbene sieno essi capaci di ricever legati da qualunque altra persona. Tali sono tutte quelle, che hanno qualche podestà su la persona del testatore, ciò che potrebbe far temere la suggestione.

Per questo motivo l' Ordinanza del 1539, *art.* 131, dichiara nulle tutte le donazioni fra vivi e testamentarie fatte a favor de' tutori, ed altri amministratori; ciò che lo Statuto di Parigi estese ai pedagoghi, e la giurisprudenza a' medici, chirurghi, speziali, operatori che assistevano l' ammalato nel tempo in cui fece il testamento, ai direttori spirituali e confessori del testatore, al procuratore del quale il testatore era cliente. Vedasi ciò che abbiamo detto nel nostro *Trattato delle Donazioni fra vivi,* circa le estensioni, e limitazioni della proibizione di lasciare a queste persone.

Gli Statuti variano relativamente ai mariti ed alle mogli: alcuni, conformi al diritto romano, proibendo loro di nulla donarsi fra vivi, permettono loro di lasciarsi reciprocamente ciò, che potrebbero lasciare a qualunque altra persona, senza distinguere se abbiano figli o no; altri distinguono se hanno figli o no; altri distinguono i mobili ed acquisti, e gli altri beni, tra la proprietà e l' usufrutto. Quello di Parigi, *art.* 282, quello d'Orleans, *art.* 280, ed un gran numero di altri Statuti, vietano ai mariti ed alle mogli di donarsi alcuna cosa per testamento, come neppure tra vivi, o che essi abbiano figli o che non ne abbiano.

Secondo lo Statuto di Parigi, *art.* 283, come abbiamo già osservato al *Trattato delle Donazioni tra marito e moglie*, il conjuge, allorchè non ha figli, può donare, e per conseguenza far de' legati ai figli, che l' altro conjuge ha avuti da un precedente matrimonio; ma sotto gli altri Statuti che vietano a' conjugi di reciprocamente vantaggiarsi, sia direttamente, sia indirettamente, senza essersi spiegati riguardo ai figli, un conjuge, sia che abbia figli o no, non può, durante il matrimonio, legare nè donare cosa alcuna ai figli, che l' altro conjuge ha avuti da un precedente matrimonio. Esiste in proposito un decreto in forma di regolamento, che noi abbiam riferito al *Trattato delle Donazioni tra marito e moglie.*

Ciò che un conjuge lega al padre o alla madre dell' altro conjuge si reputa parimenti legato indirettamente a questo conjuge. Dietro questo principio, venne dichiarato nullo un legato fatto da una moglie alla madre di suo marito, con decisione del 23 aprile 1698, riportata da Augeard.

Un uomo che ha vissuto in concubinato non può lasciare alla sua concubina alcuna cosa, eccettochè gli alimenti.

I figli incestuosi o adulterini non possono parimenti ricevere dal loro padre o madre altri legati fuorchè quelli a titolo di alimenti.

Rispetto ai figli naturali, essi sono capaci di ricevere legati particolari, sebbene considerevoli ed in proprietà: ma non sono capaci di ricevere delle disposizioni universali; e quelle che si fossero fatte a loro favore sarebbero riducibili a una somma determinata, che il giudice ordinerebbe venisse loro lasciata in tanti beni della successione per servire al loro stabilimento, la qual somma può essere più o meno grande, secondo il valor dell' asse ereditario.

Leggesi però una decisione in Soefve, IV, 99, 1665, la quale ha confermata una disposizione universale a favore d' un figlio naturale legittimato con lettere patenti.

Sebbene i domestici non sieno incapaci di ricever de' legati da' loro padroni, e che quelli, che loro vengon fatti, sieno al contrario riguardati con occhio assai favorevole, nondimeno alcune volte, secondo le circostanze, le decisioni li riducono, allorchè sono eccessivi. Con decisione dell' 11 agosto 1713, un legato universale fatto a un cameriere, che ascendeva a più di 50,000 lire, venne ridotto a mille scudi.

ARTICOLO IV.

Dell' incapacità che risulta dalla qualità di erede.

Per la natura stessa delle cose, un erede non può esser gravato di un legato verso di sè medesimo, *haeredi a semetipso legari non potest*. E perciò un testatore inutilmente scriverebbe un legato a favor di colui, che è il solo erede della totalità dei suoi beni.

Per la stessa ragione, il legato di alcuni effetti della successione fatto all' erede in parte non è valido senonchè per le parti spettanti a' suoi coeredi, *haeredi a semetipso legari non potest, a cohaerede potest*; *l.* 116, § 1, ff. *de leg.* 1. Tali sono i principj del dritto romano, e di alcuni pochi Statuti i quali han permesso i prelegati.

Ma nella maggior parte de' paesi di dritto statutario, e specialmente sotto gli Statuti di Parigi e di Orleans, *niuno può essere erede e legatario*; perchè colui, ch'è erede in parte, non può prelevare sulla massa della successione le somme nè le cose che gli furono legate; ma è obbligato di lasciarle in questa massa, e di conferirle co' suoi coeredi.

Noi abbiamo parlato di questa incompatibilità delle due qualità di erede e di legatario nel nostro *Trattato delle Successioni*, al quale rimandiamo il lettore.

Secondo gli Statuti di Parigi e di Orleans, e secondo la maggior parte degli Statuti, non v' ha che l' erede, che accetta la successione, il quale non possa esser legatario; ma se alcuno di quelli, che sono dalla legge chiamati alla successione del testatore, rinunzia all' eredità, può domandare il legato, che gli sarà stato fatto, come potrebbe fare un estraneo, sebbene questo legato fosse più considerevole della sua porzione ereditaria.

Ma secondo alcuni Statuti, che si dicono *Statuti di eguaglianza*, non si può vantaggiare con legati l' uno de' suoi eredi presuntivi, più degli altri, quando anche questo erede rinunziasse alla successione.

SEZIONE III.

Di quelli che si possono gravar di legati.

Tutti coloro, a' quali il testatore ha, colla sua morte, lasciati i suoi beni, o qualche cosa de' suoi beni che esso avrebbe potuto non lasciar loro, possono essere da lui gravati di legato o di fidecommesso: *Scien-*

dum est eorum fidei committere quem posse ad quos aliquid perventurum est morte ejus, vel dum eis datur, vel dum eis non adimitur; *l.* 1, § 6, *ff. de leg.* 3.

Dunque non solo coloro, che succedono ne' beni del testatore in forza di una volontà espressa del medesimo, colla quale vi sono chiamati possono essere da lui gravati di legati; ma lo possono essere anche quelli che la legge chiama alla successione del testatore. Imperciocchè, sebbene sia la legge che loro deferisca la successione del defunto, si può ancora dire, che il defunto ha lasciato ad essi i suoi beni, in quanto che esso non gli ha loro tolti, come avrebbe potuto fare, *vel dum eis non adimitur.*

All' opposto, coloro, cui il defunto lascia soltanto la loro legittima, non possono essere da lui gravati di legati, perchè non avendo potuto togliere loro ciò che la legge sola ad essi deferisce, non si può dire ch'essi abbiano qualche cosa per volontà del testatore.

Io posso gravare di qualche legato l' erede del mio erede, o del mio legatario, purchè io lo gravi in quanto che egli è erede del mio erede o del mio legatario.

CAPITOLO IV.

Delle cose che possono essere legate o no, e sino a quale concorrenza si possa per testamento disporre dei proprj beni.

ARTICOLO PRIMO.

Delle cose che possono essere legate o no.

§ 1. *Esposizione generale di tutto ciò che si può legare.*

Un testatore può legare o l' universalità de' suoi beni, o una quota di questa universalità, per esempio, la metà, il terzo, il ventesimo; o l' universalità di una certa specie di beni, per esempio, i suoi immobili, i suoi acquisti; o una quota di questa universalità, per esempio, il terzo de' suoi mobili, il quinto de' suoi beni di famiglia ec.

Può legare o de' corpi determinati, come la tal cosa, il tal cavallo, la sua biblioteca, la sua guardaroba ec., o delle cose indeterminate, come un cavallo, un bacino di argento di tanti marchi di peso; o una somma determinata di denaro, per esempio, 10,000 lire: o una certa quantità, come dieci moggi di frumento, una botte di vino ec.

Può legare i corpi certi che esistono già all'epoca del testamento, o quelli che non esistono ancora, ma che devono esistere, come il vino della raccolta che si farà in una tal vigna dopo la sua morte.

§ 2. *Del legato della cosa altrui, e di quella dell' erede*

Si possono legare non solo le cose proprie, ma quelle ancora del suo erede e quelle di terze persone; e l'erede o altra persona gravata di questo legato è obbligata di comperarla da quello cui appartiene per consegnarla al legatario, ovvero di pagargliene il prezzo, nel caso in cui quegli cui appartiene non volesse venderla.

Si osservi che il legato di una cosa che appartiene ad un terzo non è ordinariamente valido, se non quando sembra che il testatore abbia avuto cognizione, che la cosa non gli apparteneva, come, per esempio, se essa non era in suo possesso; ma allorchè egli ha creduto che la cosa altrui, che ha legata, fosse di sua proprietà, per esempio fosse stata in di lui possesso, il legato non è valido; perchè si presume, ch' esso non l' avrebbe legata se avesse saputo che non gli apparteneva, *cum nemo facile praesumatur haeredem suum redemptione rei alienae onerare velle*. In ciò il legato della cosa che appartiene ad un terzo differisce dal legato della cosa che appartiene all'erede, o altra persona che è stata pure essa gravata del legato; perchè, riguardo a quest' ultimo le-

gato, i giureconsulti decidono indistintamente esser valido, sia che il testatore abbia saputo, che la cosa legata non gli apparteneva, sia che egli abbia creduto che gli appartenesse; perchè in questo caso *nulla redemptione oneratur haeres*.

Alcune volte però il legato della cosa di un terzo è valido, sebbene il testatore lasciandola in legato abbia creduto legare una cosa di sua pertinenza: cioè, allorquando vi ha luogo a presumere, che il testatore avrebbe fatto un legato equipollente a favore del legatario, se non gli avesse legata questa cosa. Per esempio: un testatore ha due parenti nello stesso grado, egli nomina uno dei due suo legatario universale, e lascia ad un altro una casa della quale era in possesso, e che ignorava appartenere ad un altro: il legato di questa casa deve esser valido, perchè questo legatario essendo suo erede presuntivo nello stesso grado di colui, che ha nominato suo legatario universale, si presume, che il testatore abbia voluto ch' egli avesse qualche cosa dei suoi beni, e che se avesse saputo che questa casa che gli legava non era sua, gli avrebbe legato qualche altra cosa. Altro esempio: io suppongo, che il testatore abbia lasciato ad un suo figlio naturale l' usufrutto di un fondo che erroneamente credeva appartenergli, e ciò per tener vece di alimenti; un tal legato è valido, perchè si presume che altrimenti il testatore avrebbe lasciato gli alimenti a questo suo figlio naturale.

Giacchè si può legare la cosa altrui, ne segue che il testatore, che è proprietario di una cosa in comune con un' altra persona, può legare la cosa intiera; ma nel dubbio, se abbia voluto legare la cosa intiera, o soltanto la parte, che in essa gli apparteneva, deesi piuttosto presumere aver voluto legare la sua parte.

Allorchè si è servito del pronome *mio*, *mia*, è fuor di dubbio, ch'egli non abbia legata che la sua parte; per esempio, se si è espresso così: Lego a un tale la mia casa della Croce bianca: perchè il pronome *mia* restringe il legato alla porzione di questa casa che era di sua spettanza; *l.* 5, § 2, *ff. de leg.* 1.

V' ha di più; se il testatore fosse bensì proprietario del totale della casa, ma che ne dovesse restituire una parte ad un terzo, si riterrebbe, che egli non abbia legato, che la parte che poteva conservare; *l.* 30, § 4, *ff. de leg.* 3.

Quid, se il testatore si fosse espresso così: Lego ad un tale la casa della Croce bianca? La questione è controversa fra gli interpreti se il legato debba presumersi del totale, o soltanto della porzione spettante a testatore. La ragione per sostenere che sia dell' intera casa si è, che il testatore non lo ha punto ristretto alla sua porzione servendosi del pronome *mia*, e che ordinariamente nominandosi indefinitamente una cosa, si indica la cosa intiera. La ragione per decidere al contrario, che il legato sia soltanto della porzione spettante al testatore, si deduce dal principio qui sopra enunciato, cioè, che nel dubbio deesi presumere, che il testatore non abbia voluto legare, che quello che gli apparteneva.

Allorchè la cosa legata non appartiene, che imperfettamente al testatore, si reputa ch' ei non abbia legato, che il diritto che aveva, e che abbia legata la cosa nel modo con cui esso la possedeva; per esempio, se egli non aveva, che il dominio utile d' una casa, si ritiene, che egli lasciandola in legato non ne abbia legato che il dominio utile; *l.* 71, § 1, *ff. de leg.* 1.

§ 3. *Della cosa del legatario.*

Se la cosa legata appartenesse di già al legatario, il legato che fosse a lui fatto non è valido, non potendo avere alcun effetto, *cum id quod meum est non possit amplius fieri meum*. Anzi le leggi romane decidono, che un tal legato, allorchè venne fatto puramente e semplicemente, non è valido quand' anche dopo il testamento la cosa legata avesse cessato di appartenere al legatario. Ciò è fondato sulla regola Catoniana, *quod ab initio vitiosum est tractu temporis convalescere non potest*.

La regola che abbiamo proposta, cioè, che il legato della cosa, che già appartiene al legatario, non è valido, ha luogo soltanto nel caso in cui la

cosa gli appartenga pienamente, *pleno jure*, ed a titolo lucrativo. Che se il legatario ne era imperfettamente proprietario, il legato sarà valido, ad effetto, che quegli che ne è gravato sia tenuto di far avere al legatario ciò che gli manca relativamente a questa cosa, o che gliene paghi il valore, se non può fargliela avere in natura. Per esempio, se il legatario non aveva che la nuda proprietà della cosa che gli è stata legata, l' erede sarà tenuto di acquistarne l' usufrutto per far avere al legatario la piena proprietà; e se quegli, cui questo usufrutto appartiene, non può alienarlo, l' erede sarà tenuto di pagare al legatario il valore di quest' usufrutto, che gli manca della cosa legata.

Se il legatario era proprietario della cosa che gli è stata legata, ma che però egli l' avesse data in pegno, l' erede sarà tenuto a disimpegnarla per far avere al legatario il possesso di questa cosa che gli mancava; *l.* 86, ff. *de leg.* 1.

Parimenti, se il legatario non avesse che una proprietà risolvibile, e soggetta ad evizione, *puta*, se il legatario fosse proprietario della cosa col peso di sostituzione nel caso che si verificasse una data condizione, l' erede sarà obbligato di renderlo proprietario incommutabile, acquistando il diritto del sostituito, allorchè si darà luogo alla sostituzione, o di pagarne il valore al legatario; *l.* 39, § 2; *l.* 82, *in prin.*; *et* § 1, ff. *de leg.* 1.

Allorquando il legatario non fosse proprietario a titolo lucrativo della cosa, che gli è stata legata, il legato che gliene vien fatto è parimenti valido, ad effetto che l' erede gravato del legato sia tenuto a rimborsargli il prezzo, ch' egli ha pagato per divenire proprietario; *l.* 34, § 7, ff. *de leg.* 1 *et passim. tit. de leg. in Pand. Justinian. n.* 131 *e* 132: *Nec enim videtur perfecte cujusque id esse cujus ei pretium abest*; d. n. 131.

§ 4. *Delle cose fuori di commercio.*

Egli è evidente che il legato di una cosa, che non è in commercio, non è valido, come sarebbe il legato di una piazza pubblica, di un cimitero, di una chiesa, di un priorato, di un canonicato ec.

Il legato di una compagnia di cavalleria, di un impiego di scudiere del re, ec. sembrerebbe parimenti nullo, non essendo questi impieghi cose commerciabili. Tuttavia, siccome le persone, che hanno le qualità volute per ottener questi impieghi, ne ottengono l' assenso mediante una somma di denaro, che si sborsa alla persona che se ne dimette, non si potrebbe dire che un tal legato, fatto a persona rivestita delle qualità atte od ottener tali impieghi, possa essere valido, non come legato dell' impiego (che essendo cosa fuor di commercio non può esser il soggetto di un legato), ma, investigando piuttosto la mente del testatore che attenendosi ai termini di cui si è servito, riguardandolo come un legato della somma di denaro necessaria per ottenerne lo assenso.

I legati di materiali uniti a degli edifizj non erano validi secondo il diritto romano, perchè un senato-consulto ne aveva interdetto il commercio; non esistendo nel nostro diritto alcuna disposizione, che lo interdica, conviene ritener per valido tale legato. Ma se questi materiali legati non possono essere separati senza danno, l' equità vuole che l' erede gravato del legato possa pagare al legatario il valore invece della cosa.

Non bisogna, trattandosi di questa materia, porre nel novero delle cose, che sono fuori di commercio, i fondi che appartengono alla chiesa o ai minori; perchè basta che questi fondi possano esser alienati in certi casi e con certe formalità, perchè si possano riguardare come non assolutamente fuori di commercio e come suscettibili di stima, ciò che basta; e perchè il legato ne sia valido, ad effetto che l' erede gravato del legato sia tenuto, non potendo acquistare la cosa, di pagarne il valore al legatario.

Relativamente a' beni del demanio del re, questi sono assolutamente fuori di commercio, ed il legato fatto di alcuno di questi beni non sarebbe valido. *Facit. l.* 39, § *fin.*, ff. *de leg.* 1.

Non solo i legati delle cose che

sono fuori del commercio generale non sono validi, ma non sono validi nè anche i legati di cose, le quali benchè sieno nel commercio generale, questo commercio sia al legatario vietato da una legge particolare. Per questo motivo l'editto del 1749 dichiara nulli i legati di fondi fatti alle mani-morte.

§ 5. *Delle cose, che si estinguono colla morte del testatore.*

È manifesto che i legati di cose, che sono di natura ad estinguersi colla morte del testatore, non possono esser validi, come sarebbe il legato di un diritto di usufrutto, che appartenesse al testatore; *l.* 24, § 1, *ff. de leg.* 1.

§ 6. *De' legati* in faciendo.

Ci resta ad osservare che non solo le cose possono formare il soggetto di un legato, ma anche i fatti. Un testatore può incaricare il suo erede, o altra persona, di fare la tal cosa o di astenersi dal fare tal altra cosa in considerazione di una tale persona, che vi ha interesse. Per esempio, è valido il legato fatto a Pietro, allorchè io incarico il mio erede di far imbiancare il muro della sua casa, situata a fronte di quella di Pietro, per dare lume alla casa di questo; e parimenti quello col quale io incaricassi il mio erede di non dar in affitto a dei fabbri-ferrai, o altri artigiani la casa vicina a quella in cui alloggia Pietro, finchè Pietro vi dimorerà.

Perchè il legato di un fatto sia valido, è d'uopo che il legato sia possibile, lecito, e che il legatario v'abbia interesse.

ARTICOLO II.

Fino a qual concorrenza si può legare.

Secondo il diritto romano, un testatore dispone di tutti i suoi beni coll'istituzione di erede; ma non può disporre che di tre quarti in legati particolari, ed anche per fedecommesso universale, avendo l'erede il diritto di ritenersi la quarta Falcidia in concorso de' legatarj, e la quarta Trebellianica in concorso dei fidecommissarj universali.

Per riguardo al diritto statutario, gli Statuti sono divisi rispetto alla quantità di beni, de' quali si può disporre per testamento.

Lo Statuto di Berri non distingue punto i beni proprj dagli altri beni, e punto non limita, rispetto a qualunque sorta di beni, la facoltà di disporre. Molti Statuti non permettono di disporre che di una parte dei suoi beni, senza distinguere i proprj dagli altri; e fissano differentemente questa porzione, gli uni al quarto, altri al terzo, quello di Borgogna a due terzi. La maggior parte degli Statuti permette di disporre per testamento di tutti i suoi mobili ed acquisti, ma non permette di disporre che di una porzione de' proprj.

Essi differiscono ancora in ciò, che gli uni permettono di disporre de' mobili ed acquisti nella totalità, sia che il testatore possieda o no de' beni proprj. Alcuni altri al contrario surrogano gli acquisti ai beni proprj, allorchè il testatore non ha alcun bene proprio; ed anche i mobili ai beni proprj ed agli acquisti, allorchè il testatore non ha lasciato nè beni proprj nè acquisti; e non permettono in questo caso di legarne, che una quantità uguale a quella ch' egli avrebbe potuto legare dei proprj, quando ne avesse posseduti.

Gli Statuti determinano pure differentemente la porzione della quale si può disporre de' beni proprj: gli uni la fissano alla metà, altri al terzo, altri al quarto, altri al quinto. Avvene alcuni, che distinguono tra i beni proprj feudali, e gli altri proprj, permettendo di disporre solo del quinto de' propri feudali, e del quarto, del terzo, della metà degli altri.

Vi sono alcuni Statuti, che, restringendo la facoltà di disporre de' proprj, quanto alla proprietà, ad una porzione determinata, permettono tuttavia di disporre del totale, quanto all' usufrutto; o permettono di disporre gli uni di tre annate, gli altri di un' annata di rendita dei detti beni proprj.

Quelli di Parigi e di Orleans, che sono i soli a' quali facciamo attenzione, e che sono in questo punto seguiti da moltissimi altri Statuti, permettono di disporre per testamento di tutti i mobili ed acquisti, del quinto de' proprj, *e non più oltre.*

§ 1. *Quali sieno i beni sino alla concorrenza de' quali i nostri Statuti permettono di disporre per testamento.*

I beni, sino alla concorrenza dei quali è permesso ad alcuno di testare, sono quelli che gli appartenevano all'epoca della sua morte, e che sono della sua eredità. I legatarj non possono nulla pretendere sopra quei beni, che egli aveva donato tra vivi ad alcuno de' suoi figli, sebbene il donatario, a cui resta la qualità di erede, il conferisca nella eredità; perchè questa collazione non si fa che a favore de' suoi coeredi; non è che a riguardo di essi, che questi beni proprj conferiti nella eredità sono posti nella massa della successione, ma essi non ne fanno parte in faccia de' legatarj, che non devono punto profittare di questa collazione, che non è fatta per essi.

§ 2. *Quali sieno i beni proprj, di cui i nostri Statuti riservano i quattro quinti all' erede.*

I beni proprj, dei quali i nostri Statuti riservano all'erede i quattro quinti, sono i proprj reali; e nel nostro *Trattato della Divisione dei beni* abbiamo spiegato quali erano questi beni proprj reali: noi vi rimandiamo il lettore. Osserveremo che non solo i fondi, ma ancora le rendite costituite, sotto gli Statuti che le reputano immobili, ed anche gli uffizj venali, sono suscettibili della qualità di beni proprj per disposizione della legge.

Per riguardo ai proprj fittizj, vale a dire del reimpiego de' beni proprj del minore, il quale dall' articolo 351 degli Statuti di Parigi e di Orleans viene riputato proprio nella loro successione, e riguardo a' beni proprj convenzionali, questi non sono punto riguardati per tali in questa materia, eccetto che la convenzione, che forma il proprio convenzionale, non contenga una estensione espressa al caso della disposizione; come allorquando una moglie ha stipulato proprio una certa somma a favore dei parenti collaterali ed in linea, in questi termini: *in quanto a tutti gli effetti, in quanto anche alla disposizione.*

Allorchè una persona ha in un contratto di matrimonio investito della qualità di mobile uno dei suoi fondi proprj reali, non ne risulta però che questo fondo, per ciò che rimane nell' eredità della persona, che lo ha in tal modo investito, non sia soggetto alla riserva dei quattro quinti, come se non fosse stato punto investito, perchè l' atto, con cui venne investito, non ha effetto, che in concorso dell' altro conjuge, e non toglie punto al fondo investito la qualità di proprio che esso ha.

§ 3. *Lo Statuto ha esso riservato agli eredi i quattro quinti di ciascun fondo proprio, o del totale dei proprj?*

I nostri Statuti riservano all' erede i quattro quinti dell' universalità dei fondi proprj del defunto, e non già i quattro quinti di ciascun fondo proprio. Per conseguenza se si fosse legato ad alcuno un determinato fondo proprio, l' erede nulla potrebbe ritenere, se questo fondo non eccede in valore la quinta parte dell' ammontare di tutti i beni proprj.

Allorchè il defunto ha lasciato dei beni proprj situati sotto differenti Statuti, per esempio se ne ha lasciati sotto lo Statuto di Parigi del valore di ottanta mila e tante lire, e che ne ha lasciati sotto lo Statuto d' Orleans del valore di venti mila lire, ch' egli abbia legato per intiero i beni proprj situati sotto lo Statuto di Orleans, l' erede potrà egli ritenersi i quattro quinti di questi beni? Il legatario gli opporrà ch' ei riceve i quattro quinti, che gli Statuti di Parigi e d' Orleans gli riservano sul totale de' beni proprj della successione coi proprj situati sotto lo Statuto di Parigi del valore di 80 mila e tante lire,

che fanno più de' quattro quinti del valore totale de' proprj della eredità. L'erede replica che gli Statuti di Parigi e di Orleans deferendoli indipendentemente l'uno dall'altro, la successione de' beni situati nel loro territorio, ciascuno di essi gli riserva i quattro quinti de' beni proprj situati nel rispettivo territorio. Non sono dunque i quattro quinti de' beni proprj situati sotto i differenti Statuti, che gli sono riserbati, perchè allora converrebbe che vi fosse una legge generale che avesse un impero sopra tutti i territorj, che glieli riservasse, la qual legge punto non esiste. I quattro quinti de' beni proprj situati sotto lo Statuto di Orleans sono dunque realmente riservati all'erede separatamente ed indipendentemente dai beni proprj situati sotto lo Statuto di Parigi, che lo Statuto di Parigi gli riserva; può egli dunque ritenerseli e prededurli dal legato di tutti i beni proprj situati sotto lo Statuto di Orleans, che venne fatto al legatario.

Vi rimane una questione ed è, se l'erede deve, affin di ritenere i quattro quinti de' beni proprj situati a Orleans, offrire di rilasciare il quinto di quelli situati a Parigi, che non è stato legato? Noi tratteremo una tale questione al § 5, a cui mi riporto.

Allorchè il defunto ha lasciato dei beni proprj situati sotto uno stesso Statuto, ma affetti a differenti linee, *puta* de'beni proprj paterni e proprj materni, in questo caso sono riservati all'erede i quattro quinti dell'universalità generale di tutti i beni proprj, o i quattro quinti dei proprj di ciascheduna linea. Per esempio, se il defunto aveva per 80 mila e tante lire di beni proprj paterni e per 20 mila di proprj materni, e che avesse per intero legato i proprj materni, l'erede potrebbe ritenere i quattro quinti sui proprj materni? La ragione di dubitare si è, che lo Statuto permette in generale ed indistintamente di disporre del quinto de' suoi beni proprj, e *non più oltre*; dal che sembra dedursene che, in questo caso, il legato, non eccedente il quinto di tutti i beni proprj del testatore, non può essere soggetto ad alcuna diminuzione. Tuttavia io penso, che l'erede materno possa in questo caso ritenere i quattro quinti di questa linea. Lo Statuto avendo avuto di mira la conservazione de' beni nelle famiglie, ha dovuto avere in vista l'interesse di ciascuna famiglia; e per conseguenza lo scopo suo non è di riservare i quattro quinti de'beni proprj in generale, ma di riservare a ciascuna famiglia i quattro quinti dei proprj che le sono affetti. Lalande è di parere contrario e si fonda sopra una decisione riferita da Charondas; ma sembra che questa decisione non sia stata seguita; poichè Lebrun, Duplessis, Renusson, sono del nostro sentimento.

Il legatario in questo caso deve essere egli indennizzato sui beni disponibili, a' quali succedono gli eredi paterni, della prededuzione ch'egli soffre sui beni materni? Noi tratteremo tale questione al § seguente.

§ 4. *In favore di quale erede è fatta la riserva dei quattro quinti.*

Gli Statuti riservano i quattro quinti de'beni proprj ai parenti della linea da cui procedono i detti beni. E perciò se non si ritrovasse alcun parente del defunto, che fosse parente per parte di colui, che ha messo il fondo nella famiglia, e che in conseguenza i più prossimi parenti del defunto fossero eredi di questi beni, non si farebbe luogo alla riserva voluta dallo Statuto, ed i legati che il defunto avesse fatti sarebbero validi non solo sino alla concorrenza del quinto, ma sino alla concorrenza del totale di questi beni proprj, che in questo caso non differirebbero dagli ordinarj. A maggior ragione questa decisione deve aver luogo allorchè in mancanza di parenti l'eredità è deferita alla vedova del defunto, o al marito della defunta, o al fisco.

Si osservi che la riserva de' quattro quinti dei beni proprj è fatta agli eredi della linea nella loro qualità di eredi; e perciò i più prossimi parenti della linea non possono avervi alcuna parte, se non si dichiarano eredi del defunto. Se dunque una persona, che abbia per eredi ne' beni

proprj due parenti della linea nello stesso grado, nominasse uno di essi suo legatario universale, questo legatario universale, che rinunzierà alla successione per attenersi al legato, non potrà nulla pretendere sui quattro quinti de'beni proprj, che apparterranno all'altro parente solo, che si sarà dichiarato erede.

In ciò la legittima statutaria differisce dalla legittima di diritto scritto, la quale è accordata ai figli principalmente nella loro qualità di figli. Per conseguenza, di due figli, di cui l'uno è erede, l'altro legatario, il figlio erede non percepisce che la sua parte nella legittima di diritto; il figlio legatario, vi è compreso, e prende la sua legittima su ciò che gli è stato legato; ma la legittima statutaria è accordata all'erede nella sua qualità di erede; e per conseguenza essa per intero appartiene a quelli soltanto, che hanno assunta la qualità di erede.

§ 5. *Dell' effetto della riserva.*

Allorchè l'erede si crede gravato di legato oltre il valore de' beni dei quali lo Statuto permette di disporre, gli vien concesso di esonerarsi intieramente dei legati abbandonando al legatario i beni disponibili, vale a dire i mobili, gli acquisti ed il quinto dei beni proprj.

Ciò che l'erede rinunciante doveva al defunto, deve esser egli compreso in questa rinunzia? La ragione di dubitare poteva essere, che questo credito, che aveva il defunto verso il suo erede, essendo rimasto estinto mediante la confusione che si è operata, più non esiste, e non può per conseguenza essere ceduto. Ma il vantaggio della liberazione, che l'erede ha risentito, divenendo erede del suo creditore, è un vantaggio sussistente, che l'erede ha tratto dalla successione, il quale deve far parte della rinunzia. L'erede, che fa questa rinunzia, deve anche render conto di tutti i frutti da lui percepiti sui beni disponibili, vale a dire de'frutti degli acquisti, e del quinto del frutto dei beni proprj, *nam fructus augent haereditatem*.

L'erede che, avendo cognizione del testamento, avesse disposto di alcuna parte del mobiliare senza fare alcun inventario, potrebbe non essere ammesso a far questa rinunzia, ed esser condannato a pagare tutti i legati particolari, per mancanza di potere provare, come avrebbe dovuto fare, il valore del mobiliare della eredità, di cui offre fare la rinunzia? Si può, per deciderlo, trarre argomento dalla Costituzione di Giustiniano, che nega la falcidia all'erede che ha mancato di fare inventario.

Che se prima di aver cognizione del testamento l'erede avesse disposto del mobiliare senza fare inventario, io non penso che gli si possa rimproverare ch'ei non abbia fatto inventario; ma che dovrebbesi ammettere la sua domanda di tener conto ai legatarj del prezzo delle cose, di cui ha disposto, salvo ai legatarj il diritto di provarne le ommissioni.

Relativamente all'erede, che succede solo ne' beni proprj, non dovendo egli cedere che la quinta parte di detti beni, egli è manifesto che non è necessario alcun inventario per questo abbandono.

Sopra i beni ceduti dall'erede ai legatarj pel soddisfacimento de'legati, bisogna prendere di che pagare una porzione dei debiti dell'eredità proporzionata al rapporto in cui questi beni ceduti si trovano col totale dell'eredità. Per esempio, se il totale de'beni ascende a 36,000 lire, e che i disponibili, che si cedono ai legatarj, ammontino a 24,000, che fanno i due terzi de'36,000, bisognerà prendere sopra queste 24,000 lire cedute ai legatarj i due terzi dei debiti, spese funerarie ed altri pesi dell'eredità. *Nec obstat* che i legatarj particolari non sieno tenuti della successione; perchè egli è certo ch'essi non vi sono obbligati direttamente, e nella loro qualità di legatarj particolari, e che in conseguenza se vi fosse nei beni disponibili con che soddisfare interamente tanto i debiti che i legati, i legatarj particolari percepirebbero i loro legati senza alcuna detrazione, senza sottostare ad alcun debito. Ma i beni disponibili, che l'erede cede pel soddisfacimento de' legati, rac-

chiudendo, come *beni*, il peso e la deduzione de' debiti, secondo la nota regola, *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*, i legatarj non possono essere pagati, che sopra ciò che rimane di questi beni, dopo che sarà stata soddisfatta la porzione di que' debiti per cui questi beni disponibili erano obbligati. Dal che risulta, che se l' avanzo non è sufficiente per soddisfare tutti i legati, i legatarj sottostanno ai debiti indirettamente.

Devesi ritenere e prededurre su i beni disponibili ceduti dall'erede, non solo ciò che è dovuto a de' terzi per la quota alla quale questi beni devono soggiacere, ma anche ciò che il defunto doveva all' erede, che fa la rinunzia, per la quota a cui i detti beni devono soggiacere; l'erede, che ne era il creditore, facendo sopra di sè medesimo la confusione di questo debito, l' ha con questa confusione soddisfatto per intiero a sue spese, ed ha liberato i beni disponibili della quota che i detti beni dovevano sopportare, e deve per conseguenza esserne indennizzato sui detti beni per la detta quota, come avverrebbe dei debiti, che egli avesse per intero pagati a de' terzi creditori.

Allorchè vi sono dei debiti condizionati, la di cui condizione è ancora pendente, o dei debiti controversi, non vi è nulla a ritenere a causa dei detti debiti; poichè non è certo, che sia dovuto qualche cosa; ma l' erede può domandare che i legatarj, ai quali abbandona i beni, gli prestino sicurtà di conferire la parte, della quale i beni ceduti devono essere tenuti pe' detti debiti, se la condizione esisterà, o se venisse giudicato che i debiti controversi sono dovuti; e mancando di dare una tale cauzione, devesi lasciare in deposito la somma cui potrà ascendere questa quota.

Allorchè, posteriormente all'abbandono de' beni, si scoprissero dei debiti, che non erano noti, e che l' erede sia stato obbligato di pagare per intiero, l' erede ha azione contro i legatarj per ripetere contro di essi la quota di questi debiti, alla quale i beni disponibili ceduti dovevano soggiacere. Quest' azione è quella che chiamasi in diritto *condictio indebiti*, che ha luogo allorchè uno paga più di quello che deve; perchè l' erede facendo la sua cessione senza ritenere questa somma, ch' egli aveva diritto di ritenere, e che avrebbe ritenuta se tali debiti fossero stati in allora conosciuti, si trova d' aver pagato ai legatarj più di ciò che realmente doveva.

Ciascuno de' legatarj è tenuto a quest' azione in proporzione di ciò che ha percepito per sua parte sui beni ceduti. Dopo essersi dedotta e prelevata sui beni disponibili la somma alla quale ascende la quota dei debiti ed altri pesi della eredità, che questi beni devono sostenere, ciò che rimane deve dividersi fra tutti i legatarj particolari in proporzione dei loro legati. Se non trovasi con che soddisfare a tutti i debiti, ciascun legato verrà sottoposto ad una diminuzione in proporzione di ciò, che manca al soddisfacimento del totale.

I legati fatti agli ospedali, quelli fatti per sacre preci ed altri legati pii, non godono di alcun privilegio in questo contributo: così venne già da molto tempo giudicato contro l'Hôtel-Dieu d'Orleans.

È questione se i legatarj di corpi determinati, che si trovano in natura fra i beni ceduti, debbano entrare in questo contributo co' legati delle somme di denaro o di cose indeterminate, e soffrire nei loro legati la stessa diminuzione che soffriranno gli altri legatarj; o se devono prendere il corpo determinato, che loro è stato legato, senza entrare in alcun contributo cogli altri legati. In favore del contributo si cita la *leg.* 56, § 4, *ff. ad legem falcidiam*, la quale decide precisamente, che il legato di una cosa determinata ed il legato di una somma di denaro soggiacciono amendue ad una tale prededuzione per la falcidia. Si aggiunge che il testatore avendo egualmente voluto che i legatarj di una somma di denaro percepissero la somma intera che loro fu legata, come ha voluto che i legatarj di cose determinate ricevessero i loro corpi determinati per intero quali erano stati ad essi legati, la condizione degli uni e degli altri, che hanno in loro

favere un' eguale volontà del testatore, deve essere eguale; essi devono per conseguenza soggiacere ad una eguale diminuzione ne' loro legati, allorchè la volontà del testatore non può per intero adempirsi.

Dall'altra parte, in sostegno della contraria opinione, si dice, che il testatore, morendo, ha trasferito ai legatarj la proprietà delle cose determinate che ha loro legate, secondo i principj che noi vedremo infra, capitolo II. Questi legatarj hanno dunque diritto di farsi consegnare le cose che loro appartengono, essendo i debiti dell'eredità un peso dell' universalità dei beni, e non di questi corpi determinati, che il testatore ha staccati da' beni ereditarj per lasciarli in legato, secondo questa massima: *aes alienum universi patrimonii, non singularum rerum onus est.* I legatarj di questi corpi determinati non possono esser tenuti a'debiti, finchè havvi nell' universalità de' beni disponibili con che soddisfare la parte dei debiti pei quali questa universalità è tenuta. Questi legatarj di corpi determinati non avendo nulla di comune cogli altri legatarj, i di cui legati devono essere soddisfatti su ciò che rimarrà dell' universalità de' beni disponibili, non avvi alcuna ragione che possa obbligare questi legatarj di cose determinate ad entrare in contributo co' legatarj particolari delle somme di denaro, ed altri i di cui legati sono pagabili sull'universalità de'beni disponibili; poichè questi legatarj di corpi determinati nulla hanno a percepire su questa universalità, essendo legatarj di cose che il testatore ha staccate e separate legandole loro. Relativamente a ciò che or ora fu addotto in favore del contributo, la risposta è, che l'argomento tratto dalla legge falcidia non ha qui alcuna applicazione. La quarta falcidia era la quarta di tutti i beni che il testatore lasciava al tempo della sua morte. Allorchè tali beni si trovavano assorbiti da' legati, l' erede aveva diritto di ritenere la quarta su tutti i beni che componevano la successione; egli era proprietario per indiviso di un quarto de' corpi determinati, che erano stati legati, unitamente ai legatarj, i quali, mediante la falcidia, ne erano proprietarj di soli tre quarti. Perciò la falcidia ha luogo egualmente sui legati di corpi determinati, come sugli altri. Ma nel nostro diritto statutario, la legittima, che i nostri Statuti accordano all' erede, consistendo nei quattro quinti de' beni proprj soltanto, e non estendendosi punto agli altri, le leggi che riguardano la falcidia non hanno alcuna applicazione. Rispetto all' altra obbiezione, si risponde, che il testatore, non assegnando alcun corpo determinato de' suoi beni ai legatarj di somme di danaro e di cose indeterminate, ha voluto ch'essi fossero pagati su ciò, che rimane dell' universalità de' beni disponibili, dopo che se ne è staccato il corpo determinato di cui ha specialmente disposto. Questa volontà racchiude tacitamente la condizione, *se e in quanto si troverà ne' detti beni con che soddisfarli*; ed in ciò tali legati differiscono da quelli di corpi determinati che non racchiudono una simile condizione, ma che sono soggetti ad estinguersi se il determinato corpo, che ne forma l' oggetto, venisse a perire. Quest' ultima opinione, che non sottopone i legatarj de' corpi determinati al contributo, mi sembra la più probabile, ed è seguita da Duplessis.

Se il testatore avesse legato certi fondi proprj, che oltrepassino il quinto de' beni proprj, si fa questione se per poter ritenere sui fondi legati l' eccedenza del quinto che gli Statuti permettono di legare, l'erede sia obbligato di cedere al legatario tutti i beni disponibili a'quali succede. Per la negativa si adduce quel detto di diritto *voluit quod non potuit, noluit quod potuit*. L' erede può ritenere l' eccedenza del quinto de' beni proprj, perchè il testatore, legandolo, ha voluto ciò che non poteva, *voluit quod non potuit*. Ma, si dice, egli non è obbligato di cedere invece al legatario i beni disponibili; perchè non si può dire, che il testatore abbia voluto legarglieli, *noluit quod potuit*, e per conseguenza il legatario non può nulla pretendere.

Si aggiunge esser vero, che un testatore possa legare le cose altrui e

quelle che appartengono al suo erede, ma ch' ei non può legar quelle delle quali gli è specialmente vietato di disporre. Ora, dicesi, tale è l' eccedenza del quinto de' beni proprj, poichè i nostri Statuti dicono assolutamente: *può testare de' suoi mobili ed acquisti e del quinto de' suoi beni proprj; e non più oltre.* Aggiungesi che, secondo la costituzione di Giustiniano, nella legge 36, *Cod. de inoff. testam.* adottata fra noi, allorchè alcuno ha legato l' usufrutto di tutti i suoi beni, il figlio, che conserva la proprietà della porzione dei beni che gli è dovuta per sua porzione legittima, non è obbligato, per conservare l' usufrutto di questa porzione, di cedere al legatario, invece di quest' usufrutto che gli toglie, la proprietà dell' altra porzione di beni, che il testatore avrebbe potuto legargli se lo avesse voluto: dal che, *a pari*, si deduce che l' erede, per ritenere la sua legittima statutaria sui beni proprj, non è obbligato di cedere gli altri beni disponibili. Non ostante queste ragioni, l' opinione di coloro, che pensano non poter l' erede ritenere i quattro quinti de' beni proprj, se non col cedere tutti i beni disponibili, a' quali succede, mi sembra la più probabile. Lo Statuto, riservando all' erede i quattro quinti de' beni proprj del defunto, non può accordargli maggior diritto su questi beni proprj, di quello che esso abbia sulla cosa, che gli appartiene. Per conseguenza, se, giusta ciò che è definito in diritto, non può ricusare di prestare il legato della cosa che gli appartiene, se non cedendo i beni disponibili a' quali succede, per la stessa ragione non può ricusare la prestazione del legato de' beni proprj, anche per le porzioni che la legge gli riserva, se non cedendo al legatario i beni disponibili. La differenza che si vuol fare per sottrarsi a quest' argomento, fra il legato della cosa propria dell' erede, e il legato dei quattro quinti de' proprj, dicendo, che niuna legge proibisce di legare la cosa del suo erede, ma che la nostra legge municipale proibisce di legare i quattro quinti de' beni proprj, non ha alcun solido fondamento. Imperciocchè primieramente non si troverà, che i nostri Statuti di Parigi e di Orleans proibiscano espressamente di legare i quattro quinti de' beni proprj: le espressioni *e non al di là*, che si leggono dopo queste altre, *possono disporre per testamento di tutti i loro beni mobili, acquisti, immobili, e della quinta parte di tutti i loro fondi proprj*, si riferiscono a tutta la frase e non soltanto alle ultime parole, *e della quinta parte di tutti i proprj*; e per conseguenza la legge non vieta semplicemente di disporre *al di là* della quinta parte de' beni proprj, ma vieta di disporre *al di là di tutti i mobili, acquisti, e del quinto dei proprj*. Lo scopo principale della legge non è dunque stato di annullare il legato che eccederebbe il quinto de' beni proprj, ma di conservare all' erede i quattro quinti, e permettergli di ritenerseli cedendo invece al legatario gli altri beni disponibili ai quali succede: e sembra che tale sia lo spirito della legge, giusta l'*art.* 195, che permette di far questa rinunzia.

2.° Quand' anche la legge permettendo di legare il quinto de' beni proprj, unitamente agli altri beni disponibili, avesse espressamente proibito di disporre de' quattro quinti, questa proibizione, che sarebbe fatta per l' interesse dell' erede, cui la legge volle conservarli, non avrebbe altro effetto che quello di dare all' erede il diritto di ritenerli, cedendo i beni disponibili che il testatore gli ha lasciati, mentre poteva toglierglieli. Ciò si prova coll' esempio del legato che un marito fa di un fondo dotale di sua moglie. Certamente, qualunque disposizione del fondo dotale, sia fra vivi, sia per testamento, è espressamente proibita al marito dalla legge *Julia*; tuttavia il giureconsulto nella legge 13, § 4, *ff. de fund. dotal.*, decide che il legato del fondo dotale è valido allorchè il marito ha istituito erede l' erede di sua moglie, cui doveva rilasciarsi il fondo dotale, e che gli lasci nella sua successione altrettanto o più del valore del fondo dotale. La ragione è perchè la moglie, per l' interesse della quale è fatto il divieto dell'alienazione del fondo dotale, non v' ha interesse; trovando nel-

la successione de' beni che equivalgono a questo fondo dotale, ed avendo anche la facoltà di conservarlo col non accettare l' eredità; per la stessa ragione il legato de' beni proprj, anche per i quattro quinti, deve valere allorchè il testatore lascia in sua vece al suo erede altri beni dei quali avrebbe potuto disporre; poichè quest' erede, per l' interesse del quale è stata fatta la legge, ha degli altri beni in luogo de' quattro quinti dei proprj, e che è in sua facoltà di ritenerli, cedendo gli altri beni. Si vorrà per avventura stabilire una differenza tra la moglie per riguardo al fondo dotale, e l' erede pe' quattro quinti dei beni proprj, dicendo, che la legge *Julia* avendo avuto la mira di conservare una dote alla moglie, perchè possa rimaritarsi, è indifferente per questa mira, ch' essa possegga il suo fondo dotale o altri beni in sua vece; in luogo che la mira dello Statuto essendo quella di conservare i beni proprj nelle famiglie, non è indifferente per lo scopo della legge, che questi sieno piuttosto beni proprj, o altri in loro vece che sieno riservati all' erede. La risposta è, che, per adempire il voto dello Statuto, basta che l' erede rimanga padrone di conservare questi beni proprj cedendo i disponibili, ch' egli non può avere maggior affezione ai beni proprj dell' eredità del testatore, che ai suoi proprj beni. Si conviene, che il legato della cosa spettante all' erede è valido; perchè quello de' beni proprj del testatore non lo sarà, anche pe' quattro quinti, allorchè il testatore lascia all' erede altri beni disponibili, che questi è padrone di cedere, se vuole conservare i detti quattro quinti?

Relativamente all' argomento che si deduce dalla costituzione di Giustiniano, il quale, nel caso di un legato di usufrutto di tutti i beni, permette al figlio legittimario di ritenere la piena proprietà della sua legittima, senza essere obbligato di cedere al legatario la proprietà dell' altra porzione de' beni della successione di cui il testatore avrebbe potuto disporre; si risponde che questa costituzione, la quale contiene un diritto singolare che non è fondato se non sul gran favore accordato alla legittima di diritto, non deve essere estesa alla legittima statutaria, che non gode dello stesso favore.

L' opinione, che noi abbiamo seguita, è quella di Molineo su lo Statuto di Parigi, e nelle sue note su gli Statuti di Montargis e d' Auvergne. Ricard l' accusa a torto di cadere in contraddizione con sè medesimo nella sua nota all' *art.* 263 dello Statuto di Rheims.

La giurisprudenza non è ben fissata su questa questione; vi sono molte decisioni in favore e contro, ed avvene una assai moderna contraria alla nostra opinione. Ricard e Duplessis apportano un temperamento all' opinione che noi abbiamo abbracciata. Essi pensano che l' erede, che vuole ritenere i quattro quinti de' beni proprj, che sono stati legati, non deve essere obbligato di cedere precisamente al legatario tutti i beni disponibili, e bastare ch' ei ne ceda sino alla concorrenza del valore de' quattro quinti ch' egli vuol ritenere. Questo temperamento venne rigettato da Dufresne nel suo Giornale delle Udienze, ed il sentimento di Dufresne sembra più conforme ai principj di diritto, che non permettono all' erede gravato del legato della sua propria cosa di darne invece il valore.

Dalla soluzione di tale questione dipende quella di sapere se allorquando il testatore ha legati tutti i suoi beni proprj situati sotto uno Statuto, l' erede, che vuol ritenere la porzione che questo Statuto gli riserva, sia obbligato di cedere al legatario le porzioni disponibili de' beni proprj situati sotto altri Statuti. Molineo decide per l' affermativa; perchè nella nota all' *art.* 4, *cap.* 17, dello Statuto di Auvergne, che vieta di legare più di un quarto de' suoi beni, egli dice: *Fallit si habet bona alibi sita, ubi potest amplius legare, qui a residuum capietur in bonis alibi sitis.*

Allorchè l' erede de' beni proprj, che stacca dal legato di un fondo proprio i quattro quinti, che la legge gli riserva, non è punto erede degli altri beni disponibili, il legatario può egli domandare agli eredi de' beni disponibili il valore de' quattro quinti

dei proprj che sono stati staccati? Molineo, Statuto di Parigi, § 93, decide che non può farlo: *quia*, dice egli, *legatum est de certo corpore*. Ora, si presume, che il testatore che lega un dato corpo della sua eredità gravi di questo legato quelli soltanto de' suoi eredi che vi succedono, come lo vedremo in seguito. Non potrebbesi dire, che questa regola ha luogo soltanto quando l'erede, che succede a questo corpo determinato, poteva essere gravato della prestazione del legato di questo corpo; ma che allorquando ei non poteva esserne gravato, deve presumersi che il testatore ne abbia gravati gli altri suoi eredi che non vi succedono? È certo ch' egli poteva, se lo avesse voluto, gravare della prestazione dei quattro quinti de' proprj l'erede dell' altra linea, poichè si può gravare il suo erede della prestazione del legato della cosa altrui. Ora, non si dee presumere ch' ei lo abbia voluto, poichè non avea altro mezzo di validamente legarli, che gravando della prestazione di questi quattro quinti l' erede dell' altra linea, il quale succede a' suoi beni disponibili, e ch' egli solo ne poteva gravare; e che è una massima fondata nella natura, che chiunque vuole il fine deve volere anche i mezzi ovvj e facili per arrivarvi.

Nonostante queste ragioni, io non credo che il legatario possa riuscire nella sua domanda contro gli eredi de' mobili ed acquisti; perchè se, sulle precedenti questioni, non fu che a grande stento che si è stabilito doversi indennizzare il legatario sui mobili ed acquisti, allorchè è lo stesso erede che succede a' beni proprj ed ai mobili ed acquisti, e che la giurisprudenza non è costante in tal modo di giudicare, quest'indennizzazione deve soffrire infinitamente maggior difficoltà allorchè trattasi di diversi eredi.

CAPITOLO V.

Dell' esecuzione de' testamenti, dell' effetto de' legati, e delle azioni de' legatarj.

SEZIONE PRIMA.

Degli esecutori testamentarj.

Sebbene l' erede sia di diritto gravato dell' esecuzione delle ultime volontà del defunto, e che non sia necessario d' incaricarne altre persone, tuttavia si usa che i testatori, affine di procurare una più sicura, esatta e diligente esecuzione delle loro ultime volontà, nominino nel loro testamento delle persone, alle quali essi l' affidano: questi si chiamano *esecutori testamentarj*.

ARTICOLO PRIMO.

Della natura dell' uffizio di esecutore testamentario, e quali persone possano sostenerlo.

L' uffizio di esecutore testamentario non è punto un uffizio pubblico, ma è un semplice uffizio di amico; onde ne risulta: 1°. che quest' uffizio è volontario, e che le persone, che il testatore ha nominate per suoi esecutori testamentarj, non possano essere costrette ad accettare quest' uffizio. 2.° Che le persone, che non sono capaci degli uffizj pubblici e civili, non lasciano di poter essere esecutori testamentarj, purchè però sieno capaci di obbligarsi, perchè un esecutore, essendo risponsabile della sua esecuzione, deve esser capace di obbligarsi al rendimento de' suoi conti.

Da questi principj risulta che una donna può essere esecutrice testamentaria, sebbene non sia capace di funzioni pubbliche e di uffizj civili. Se però essa trovisi sotto la potestà maritale, non può accettare nè esercitare quest' ufficio, se non coll'autorizzazione del marito, perchè questa le è necessaria per potersi obbligare.

Un monaco non può essere esecutore testamentario, perchè non può obbligarsi; nè può esserlo un minore, perchè essendo ammesso a dimandare la restituzione in intiero contro le obbligazioni da sè contratte, non si obbliga efficacemente. Tuttavia se ei fosse emancipato, e che l' oggetto dell' esecuzione testamentaria essendo poco considerevole, le obbligazioni che ne potessero risultare fossero proporzionate alle sue rendite, delle quali l' emancipazione gli accorda il diritto di disporre, non dovrebbe essere escluso dall' uffizio di esecutore testamentario.

Un uomo che nulla possiede può egli esser esecutore testamentario? Sembra che no, poichè è d' uopo che un esecutore testamentario possa obbligarsi, e che per coloro cui dee rendere conto torna quasi lo stesso ch' ei non possa obbligarsi, o che sia senza beni, *cum perinde sit non habere actionem, te habere inanem*. Ciò non ostante in pratica un uomo, sebbene nulla possidente, non può essere ricusato per esecutore testamentario: perchè gli eredi non sono ammessi a dimandare ch' egli giustifichi la sua solvibilità, nè molto meno ch' ei dia cauzione. Essendosi il testatore affidato alla sua fede, gli eredi pure vi si devono affidare. Si può a questo riguardo argomentare da ciò che è stato deciso in diritto, che la povertà non è un motivo per escludere dalla tutela colui che il testatore ha nominato per tutore de' suoi figli.

Che se, posteriormente al testamento, fosse sopravvenuto un considerevole disordine negli affari dell' esecutor testamentario, soprattutto se avesse fatto fallimento, ei potrebbe essere escluso dall' esecuzione testamentaria; perchè allora evvi luogo a presumere, che se il testatore avesse previsto ciò che è avvenuto dappoi, non l' avrebbe nominato suo esecutore testamentario.

Rimane ad osservare che si possono nominare per esecutori testamentarj anche coloro *quibuscum non est testamenti factio*, vale a dire quelli a favor de' quali non si può disporre per testamento.

Per questa ragione nei nostri Statuti, che non permettono al marito di lasciare cosa alcuna per testamento alla moglie, *aut vice versa*, un marito può nominare sua moglie esecutrice testamentaria.

Per la stessa ragione io penso che si possa nominare per esecutor testamentario uno straniero non naturalizzato, perchè questo è un officio puramente di amico, che abbiamo veduto, e non un ufficio civile, nè molto meno una carica pubblica, della quale sieno incapaci gli stranieri.

Si osservi che allorquando il testatore ha nominato per esecutor testamentario una persona, cui non è permesso di lasciar cosa alcuna per testamento, il testatore ha la facoltà di disporre a di lei vantaggio di una modica somma per ricompensarlo delle cure che deve sostenere.

ARTICOLO II.

Del possesso de' beni del defunto cui han diritto gli esecutori testamentarj.

§ 1. *In che consista, e quale sia la origine di questo diritto.*

La facoltà degli esecutori testamentarj consiste principalmente nel possesso, che gli Statuti accordano all' esecutor testamentario per l' adempimento delle disposizioni testamentarie. Questo possesso è compatibile con quello dell' erede; perchè quello che è accordato all' esecutor testamentario, non è un vero possesso, perchè l' esecutore con quel possesso è costituito sequestratario del defunto. Egli non possiede che in nome dell' erede; l' erede è il vero possessore di tutti i beni dell' eredità, secondo la regola *le mort saisit le vif*. Tale è la dottrina di Molineo, il quale, all' *art.* 95 dello Statuto di Parigi, dice: *Haec consuetudo non facit quin haeres sit saisitus ut dominus, sed operatur quod executor potest ipse manum ponere et apprehendere . . . et etiam executor non est verus possessor, et nisi ut procurator tantum.*

Questo possesso degli esecutori testamentarj è di diritto statutario, nè deriva dal diritto romano. Alcune vol-

te, presso i Romani, un testatore nominava una persona, che non era nè suo erede nè suo legatario, affin di far eseguire i legati di alimenti che egli aveva fatti ai suoi liberti, o altre persone; ma questo esecutor testamentario doveva ricever dalle mani dell'erede le somme, o altre cose che il testatore aveva destinate per la prestazione dei detti alimenti.

§ 2. *Dell'estensione di questo possesso.*

I nostri Statuti variano sull'estensione ch'essi danno al possesso dell' esecutor testamentario ne' beni del defunto. Quello di Parigi, *art.* 297, e la maggior parte degli altri accordano all' esecutor testamentario l'immediato possesso dei beni mobili dell' eredità pel corso di un anno e un giorno, a contar dalla morte del testatore, affinchè in quest' intervallo adempia alle disposizioni del defunto. Lo Statuto d'Orleans, *art.* 290, e alcuni altri accordano all' esecutor testamentario, non solo il possesso dei mobili, ma ancora de' fondi dell'eredità.

Un' altra differenza fra lo Statuto di Parigi e quello d'Orleans sta in ciò, che quello di Parigi accorda illimitatamente all' esecutor testamentario il possesso de' mobili della successione, e non lo limita a ciò che è precisamente necessario all' adempimento del testamento. E perciò v' ha luogo a credere, che sotto lo Statuto di Parigi l'erede non potrebbe essere ammesso ad offrire all' esecutor testamentario, affin di escluderlo da questo possesso, la somma bastante per l' adempimento della disposizione del defunto. Lo Statuto di Meaux può in questa parte servire d' interpretazione a quello di Parigi: esso si esprime in questi termini, *art.* 340: *E supposto che l' erede offra di adempire il testamento e prestar cauzione, o lasciare nelle mani dell' esecutore una somma bastante a soddisfare a tutti i pesi imposti nel testamento, cionnonostante l'esecutor testamentario non potrà essere spogliato del possesso pel corso di un anno ed un giorno.*

Al contrario, lo Statuto d'Orleans limita il possesso de'beni mobili ed immobili della successione, ch' esso accorda all' esecutore, sino al tempo ed alla somma necessaria per l' esecuzione del testamento. Esso si esprime così, *art.* 290: *Gli esecutori testamentarj saranno possessori dei beni mobili e fondi del testatore sino alla concorrenza del valore delle disposizioni testamentarie, e sino all'epoca in cui queste saranno adempite.*

E perciò non è controverso, secondo il nostro Statuto, che l'erede sia ammesso ad impedire che l' esecutore entri e rimanga in possesso dei beni della successione allorchè offra di rimettere fra le mani la somma bastante ad adempire a tutte le disposizioni testamentarie.

Si osservi che l' adempimento del testamento non comprende soltanto il soddisfacimento de' legati, ma anche quello dei debiti della successione; perchè il soddisfacimento di questi debiti fa parte dell' esecuzione testamentaria, secondo ciò che è formalmente espresso all'articolo 291 del nostro Statuto. Ciò deriva da che altre volte era una clausola ordinaria de'testamenti che il testatore ordinasse, che i suoi debiti fossero soddisfatti, e questa essendo una clausola ordinaria dei testamenti, vi è sempre sott' intesa, quando anche non vi fosse espressa.

§ 3. *Se il testatore possa ristringere o estendere il possesso dell' esecutore testamentario.*

Il testatore può, tanto sotto lo Statuto di Parigi quanto sotto quello di Orleans, ristringere questo possesso ad una somma determinata; così è disposto dall'articolo 297 dello Statuto di Parigi, e dall' articolo 290 dello Statuto di Orleans. Non v' ha dubbio che, in questo caso, l'erede possa impedire all'esecutore testamentario di rimanere in possesso de' beni della successione, offrendogli la somma espressa nel testamento, quand' anche non fosse sufficiente per l'adempimento di esso.

Ma sebbene il testatore abbia stabilita la somma, della quale l'esecutore testamentario sarebbe in possesso, questi non ha soltanto il diritto di domandar questa somma all'erede; ma finchè

l'erede non gliel' offra può da se stesso mettersi in possesso de' beni della successione, sino alla concorrenza però di detta somma, eccetto che il testatore non avesse espressamente disposto, che l' esecutore riceverebbe questa somma dal suo erede.

Osservisi che allorquando la somma, di cui il testatore ha voluto che il suo esecutor testamentario avesse il possesso, non è sufficiente per l'intiero adempimento del testamento, l'esecuzione testamentaria non lascia di estendersi a tutto il testamento, ma l'esecutore non può da se stesso immettersi in possesso de' beni del testatore, che sino alla concorrenza della somma stabilita nel testamento; e dee ricevere dalle mani dell'erede il soprappiù che è necessario all'intiero adempimento.

Il testatore può bensì ristringere il possesso che gli Statuti accordano all'esecutor testamentario; ma può egli estenderlo? Per esempio sotto lo Statuto di Parigi il testatore potrebbe ordinare, che l'esecutore avesse il possesso non solo de' suoi mobili, ma ancora de' suoi fondi? Potrebb' egli, sotto lo Statuto di Orleans, ordinare che egli avesse il possesso de' suoi beni sino alla concorrenza di una somma maggiore di quella necessaria per la esecuzione del testamento? Io credo che no; per la ragione, che soltanto in forza della legge l'esecutore ha il possesso de' beni del testatore. Siccome è in favore del testatore che la legge lo accorda, il testatore può bensì derogare a un diritto che venne stabilito per suo favore, e restringerlo, ma non può estenderlo, perchè non può per sua sola volontà dare il possesso de' suoi beni dopo la sua morte al suo esecutor testamentario, non essendovi che la legge che possa accordare questo possesso. Il testatore per conseguenza non può accordarlo al di là di quei limiti che la legge gli accorda. Tale è l' opinione di Ricard, che venne ma la proposito rigettata da Lemaitre.

§ 4. *Degli effetti del possesso de' beni del defunto, che ha l' esecutore testamentario.*

Gli effetti di tale possesso sono, che l'esecutore può immettersi da se medesimo nel possesso de' beni della successione che lo Statuto gli accorda, facendone però un inventario in presenza degli eredi, o dopo averli chiamati, se si trovano sul luogo; in caso diverso, alla presenza del procuratore del re, o fiscale, come vedremo in seguito.

L' esecutore può vendere a sua istanza i mobili; ma deve eseguire questa vendita di consenso coll'erede: e se l' erede non vi consente, deve citarlo per fare ordinare questa vendita dal giudice, al che l' erede non potrà opporsi, eccetto che non offra di rimettere all'esecutore le somme necessarie per l'esecuzione del testamento. Tale è la dottrina di Molineo all'art. 95, n. 10: *Potest apprehendere, non autem vendere, sine haerede.*

Sebbene lo Statuto di Parigi gli accordi un illimitato possesso di tutti i mobili, tuttavia il giudice non dee permettergli di venderne che sino alla concorrenza della somma necessaria per l'adempimento del testamento: *Non potest vendere sine haerede, et usque ad cuncurrentiam tantum. Mol., d. loco.*

Per riguardo ai fondi, sebbene lo Statuto di Orleans accordi all'esecutor testamentario, anche il possesso de' fondi, egli non può però nè venderli, nè far condannare l' erede a sopportarne la vendita, non essendogliene accordato il possesso dallo Statuto, che per riscuoterne le rendite mentre dura la sua qualità di esecutore testamentario. Esso non può nemmeno procedere agli affitti, essendo troppo breve il tempo in cui dura la sua amministrazione.

Una conseguenza del possesso dei beni mobili della successione si è, che l' esecutore può, nella sua qualità di esecutore, costringere al pagamento i debitori della successione, e ricevere ciò ch'essi devono; e se non havvi titolo esecutivo contro di essi, egli può nella sua qualità citare questi debitori avanti i tribunali.

Ma egli non potrebbe sotto lo Statuto di Parigi ricevere il rimborso di una rendita, perchè questo Statuto non gli accorda che il possesso dei beni mobili. Sotto lo Statuto d' Or-

leans, che accorda all'esecutore testamentario anche il possesso de'fondi, parrebbe che l'esecutore testamentario potesse ricevere il rimborso delle rendite dovute alla successione. Tuttavia siccome questo rimborso racchiude un'alienazione d' immobili, è dell'interesse del debitore di far questo rimborso all' erede.

Sotto lo Statuto d' Orleans l' esecutore essendo posto in possesso anche de' fondi, ne segue ch' egli può intentar delle azioni per causa di questi fondi.

E perciò il nostro Statuto, *art.* 290, dice, che egli può intentare l' azione possessoria; ciò che deve essere inteso in questo senso, ch' egli può intentare quest' azione, nella sua qualità d' esecutore e procuratore legale dell' erede o della successione, contro i terzi che lo turbassero nel possesso nel quale egli trovasi in nome dell' erede o dell' eredità.

Può egli intentarla contro lo stesso erede il quale lo turbasse nel possesso de' beni della successione che lo Statuto gli accorda? Lalande ha detto male a proposito che esso poteva farlo. Essendo l' erede il vero possessore de' beni della successione, e l' esecutore non possedendoli che in nome dell' erede, è evidente che non può intentare contro di lui alcun' azione possessoria; egli ha soltanto in questo caso un' azione che dicesi *in factum*, colla quale può domandare che venga fatto divieto all'erede di turbarlo nella disposizione ch' egli deve avere dei beni della successione, per l' adempimento del testamento.

L' esecutore può inoltre, sotto il nostro Statuto di Orleans, intentare le azioni petitorie per ragione de'fondi e diritti appartenenti alla successione, come sarebbe, per esempio, l' azione di rivendicazione, l' azione ipotecaria, ec.: esso formalmente si spiega in proposito, *art.* 291, *può intentare tutte le azioni possessorie, petitorie, personali ed altre.*

Allorchè vi sono più esecutori testamentarj, uno solo può intentar queste azioni; di ciò se ne può trarre argomento dalla legge 24, § 1, ff. *de administrat. tutor.*

Il nostro Statuto di Orleans accorda anche la facoltà di rispondere alle azioni non solo de'legatarj, ma a quelle ancora de' creditori dell' eredità per debiti mobiliari; perchè il soddisfacimento di questi debiti, come quello de' legati, fa parte dell' esecuzione. Il nostro Statuto lo decide espressamente, *art.* 291: *I detti esecutori. . . . possono entro l' anno esser convenuti, e devono come esecutori rispondere dei debiti e delle cose menzionate nel detto testamento.*

Però è prudente che essi denunzino queste azioni all' erede; perchè, mancando di farlo, l' esecutore si esporrebbe a delle controversie coll' erede, il quale potrebbe sostenere ch' egli non ha ben risposto alle domande contro di lui dirette, che vi erano ragioni fondate per essere assoluto, e sotto questo pretesto ricusare di rimborsargli ciò che è stato condannato di pagare.

Gl' interessi devono essi decorrere a favore del creditore, o del legatario che ha intentata la sua domanda contro l'esecutore, dal giorno di questa domanda, o soltanto dal giorno in cui questa è stata denunziata all' erede? Duplessis dice che debbano correre solo dal giorno della denunzia; perchè da questo giorno soltanto l' erede, che è il vero debitore, è costituito in mora. Io penso che debbano decorrere dal giorno della domanda fatta all'esecutore testamentario; lo Statuto autorizzando a dirigere la domanda contro l' esecutore, questa domanda mette l' erede in mora per mezzo dell'esecutore, che lo rappresenta, come un minore è posto in mora coll' interpellazione fatta al suo tutore. È vero che l' erede, cui l' esecutore testamentario avrà ritardato di denunziare la domanda, potrà ricusare di rimborsare all'esecutore gli interessi scaduti prima della denunzia, ma l' attore ha sempre diritto di riceverli.

ARTICOLO III.

Degli obblighi dell' esecutore testamentario.

§ 1. *Dell' inventario.*

Il primo obbligo dell' esecutore testamentario, che ha accettato questo

incarico, è quello di fare inventario degli effetti dell' eredità; egli non è immesso in possesso de'beni della successione, se non mediante la formazione di questo inventario; prima di ciò, egli non dee immischiarsi, eccettochè si trattasse di cose urgenti, come, per esempio, quello che riguarda le esequie del defunto.

Quest' inventario deve essere fatto in concorso degli eredi, se ve ne hanno de' presuntivi nel luogo; l' esecutore non è tenuto a cercar quelli che fossero fuori dell' estensione del baliaggio. In mancanza di eredi, deve fare il suo inventario alla presenza del procuratore del re, o altro funzionario incaricato del pubblico ministero, nella giurisdizione del domicilio che il testatore aveva al tempo della sua morte.

Si agita questione fra gli autori francesi, se il testatore possa o no liberare l' esecutor testamentario dall'obbligo di fare inventario. Ricard pensa che lo possa, per la ragione che chi può il più, può anche il meno, *qui potest plus, potest et minus*: dal che conchiude che il testatore, il quale poteva legare al suo esecutore tutti i suoi mobili, può, a maggior ragione, liberarlo dall' obbligo di far inventario, tale dispensa essendo un vantaggio assai minore di quello che gli avrebbe procurato il testatore lasciandogli in legato tutti i suoi mobili. Si trae ancora argomento dalla legge *fin. Cod. arb. tut.* la quale per una ragione simile permette al testatore di dispensare un tutore testamentario dall' obbligo di far inventario. Ad onta di queste ragioni, io credo preferibile il sentimento di Bacquet, Tronçon ed altri, i quali opinano che l'esecutore non possa esserne dispensato. La ragione si è, che l'esecutore ricevendo dalla legge l' immissione in possesso de' beni dell' eredità piuttosto che dal testatore, il quale non può per la sola sua volontà accordarglielo dopo la di lui morte, esso non può averlo che sotto le condizioni colle quali la legge glielo accorda.

§ 2. *Dell' amministrazione dell' esecutor testamentario.*

L'esecutore, dopo aver fatto l' inventario, dee soddisfare i legati fatti nel testamento ed i debiti mobiliari co' danari che ha trovati nella successione, se questi bastano; ma per fare ciò dee richiedere il consenso dell'erede. Se questi lo ricusa, dee farlo ordinare dal giudice; altrimenti corre rischio che l' erede, il quale pretende aver de' forti motivi per non essere obbligato di pagar ciò che in suo nome pagò l' esecutor testamentario, ricusi di rimborsargli nel suo conto ciò ch' egli ha pagato.

Se i denari ritrovati nell' eredità, o quelli che possono essere prontamente riscossi dai debitori della eredità, non bastano a soddisfare i debiti mobiliarj ed i legati, l'esecutore dee far procedere a una vendita pubblica de' mobili, sino alla concorrenza di ciò che è necessario per soddisfarli; ma, come abbiam già detto, egli dee procedere a questa vendita coll' erede, o in forza di una sentenza pronunziata dietro la domanda che lo esecutore avrà intentata contro l'erede.

Nel nostro Statuto, in cui l' esecutore è posto in possesso anche de'fondi, è tenuto, nel tempo della sua gestione, di far eseguire le coltivazioni, fare le vendemmie, comperare le botti, ec.

§ 3. *Del conto che dee dare l'esecutor testamentario.*

L' esecutor testamentario dee render conto della sua amministrazione all' erede, o ad altri successori universali. Se il testatore lo avesse col suo testamento dispensato dall' obbligo di render conto, ciò nol dispenserebbe da ogni reddizione di conto; e tutto l' effetto di una tal clausola sarebbe, che non si potrebbe renderlo risponsabile della negligenza usata nella sua gestione; *Arg. l.* 5, § 7, ff. *de adm. tutor.*

L' esecutore può mettere in conto solo ciò che ha speso, e non può pretendere alcun salario pei servigj prestati; perchè l' uffizio di esecutor testamentario è un uffizio di amico, per sua natura gratuito. È di uso però che il testatore faccia nel suo testamento un regalo al suo esecutore in ricompensa delle cure, ch'ei prenderà per

l'esecuzione di esso. L'esecutore, che ne ha accettato l'incarico, deve percepire questo regalo; ma se ricusa l'incarico di esecutore, non può domandarlo.

Allorchè l'esecutore si ritrova creditore nel suo conto pe'debiti e legati che ha soddisfatti, egli ha, secondo Molineo, una ipoteca tacita sui beni della eredità che ha liberati; con questa differenza però, che se egli è creditore per pagamenti di debiti anche chirografarj, ha questa ipoteca su tutti i beni dell'eredità, tanto sui proprj quanto sugli altri; che se egli è creditore per legati pagati, non ha ipoteca che sui beni disponibili. Mol. *all'art.* 95 *dell' antico Statuto di Parigi.*

ARTICOLO IV.

Quando termini l'uffizio di esecutore testamentario.

Gli Statuti hanno circoscritto l' esecuzione testamentaria entro lo spazio di un anno, affinchè gli eredi non fossero troppo lungo tempo privati del godimento de' beni della successione, sotto pretesto che il testamento non fosse stato peranco eseguito.

Sebbene gli Statuti dicano, *l'anno dalla morte*, esso però non decorre che dal giorno in cui l' esecutore è stato o ha potuto immettersi in possesso de'beni dell'eredità; se gli sieno state fatte delle contestazioni, e che il testamento sia stato impugnato, l'anno non decorre che dal giorno in cui ebbero fine tali vertenze. Tale è la dottrina di Molineo all'*artic.* 95, *n.* 16. *Nota*, dic'egli, *annum hic utilem a tempore testamenti aperti, et cessantis impedimenti.* E Lemaitre riferisce una decisione colla quale fu giudicato, che l' anno della esecuzione testamentaria deve decorrere dal giorno della decisione, che ha posto fine alle controversie insorte di un testamento.

Ma allorchè l'esecutore è stato in possesso dei beni della successione, o ha potuto esserlo, da quel momento l'anno comincia a decorrere; e dopo l'hanno compito, l'esecutore non può più rimanere in possesso, sebbene il testamentò non sia stato o non abbia potuto essere eseguito.

E perciò, quando vi fossero dei legati, la di cui condizione non dovesse esistere che dopo l'anno, il loro soddisfacimento, allorchè la condizione venisse a verificarsi, non riguarderebbe più l'esecutore, il cui uffizio finisce dopo compito l'anno, ed il legatario non potrebbe rivolgersi che all'erede. Molto meno l'esecutore potrebbe pretendere di rimanere dopo l'anno nel possesso de'beni dell'eredità, sino all'esistenza della condizione.

Tuttavia, se gli eredi non fossero solvibili, e che i beni dell' eredità, consistendo in soli mobili, vi fosse pericolo ch' essi li dissipassero, l' esecutore sarebbe abilitato ad esigere dagli eredi una cauzione per garentia de' legati di cui pende la condizione; così decide Molineo, *art.* 95, *n.* 7 e 8, all'occasione di un legato di una somma di 200 scudi, che un prete aveva fatto ad una sua figlia naturale, allorchè sarebbe nubile.

L'uffizio di esecutor testamentario può anche cessare prima dell' anno compito, per la morte dell'esecutore stesso; perchè quest' uffizio è personale, e non passa punto agli eredi dell'esecutore, i quali succedono soltanto all'obbligo di render conto di ciò che il defunto ha amministrato.

Se però il testatore avesse avuto riguardo nella scelta del suo esecutore, piuttosto ad una certa qualità che alla persona, per esempio se avesse nominato per esecutore il procuratore del Re, il decano degli avvocati, in questo caso l'uffizio di esecutore non finirebbe colla morte, perchè l' esecuzione in questo caso non era affidata alla persona che è morta, ma alla sua qualità che non cessa punto, e passa dopo di lui ad un altro.

SEZIONE II.

Dell' effetto de' legati

§ 1. *Quando abbiano effetto i legati.*

È della natura de' testamenti che essi non abbiano alcun effetto, e non dieno alcun diritto a'legatarj, finchè vive il testatore. Il testatore, finchè vive, può cangiare il suo testamento, e perciò è stato giudicato ch' ei poteva farsene restituire l'originale dal notajo. *Vedasi* Soefve, 11, 144.

Ma dal momento della morte del testatore i legati contenuti nel testamento hanno effetto, e danno ai legatarj un diritto, purchè non sieno sospesi da una condizione; nel quale caso non hanno il loro effetto, che dal giorno dell' esistenza della condizione.

Se il testatore vi ha soltanto apposto un termine di un tempo certo e determinato, questo termine non ha altro effetto che di ritardare l'esigibilità del legato sino allo spirare del termine; ma non impedisce che il diritto, che risulta dal legato, non si verifichi e si acquisti dal legatario dal giorno della morte del testatore, e prima della scadenza del termine. Così decidono le leggi: *Si post diem legata sint relicta, simili modo atque in puris dies cedit; l.* 5, § 1, ff. *qu. dies leg. ced. Dies legati statim cedit, sed ante diem peti non potest; l.* 21, *ff. d. l.*

Questa decisione ha luogo allorchè il tempo apposto al legato sia un tempo certo e determinato, per esempio se il testatore abbia legato così: Io incarico il mio erede di dare a un tale la somma di . . . sei mesi dopo la mia morte. Non è così allorchè il tempo apposto al legato è un tempo incerto; perchè in questo caso equivale ad una condizione, e rende il legato condizionale; d. l. 21, *dies incertus pro conditione est.* Per esempio, se il testatore avesse legato una certa somma ad un giovine tosto che sia giunto alla sua maggior età, il legato sarebbe condizionale, nè avrebbe alcun effetto e non accorderebbe alcun diritto al legatario prima della sua maggior età; perchè questo legatario potendo morire prima di esser maggiore, il tempo della sua maggior età è un tempo incerto.

Sebbene il tempo apposto al legato debba certamente arrivare, se sia incerto quando arriverà e se arriverà in tempo della vita del legatario, si reputa essere un tempo incerto, e rende il legato condizionale; per esempio, se è stata legata a Pietro la somma di tanto nel giorno in cui morirà Paolo, è questo un legato condizionale, che non può avere alcun effetto prima della morte di Paolo; perchè, sebbene sia certo che il giorno della morte di Paolo arriverà, è incerto però quando ciò arriverà, e se arriverà vivendo il legatario.

Si noti che devesi fare attenzione se il tempo sia apposto alla disposizione stessa, come negli esempj testè riportati, nel quale caso questo tempo rende il legato condizionale; ma avviene altrimenti se il tempo non è apposto che per l' esecuzione del legato, per esempio se il testatore abbia detto: io lego una tal somma a Pietro, che gli sarà pagata il giorno in cui sarà maggiore, o nel giorno in cui Paolo morirà, il legato è puro e semplice, ed il legatario ne acquista il diritto dal giorno della morte del testatore; perchè questi termini, *il giorno in cui sarà maggiore*, *il giorno in cui Paolo morirà*, non si riferiscono a questi, *io lego una tal somma*, ma soltanto a questi altri, *che gli sarà pagata*; onde essi non riguardano la disposizione stessa, ma soltanto l' esecuzione ed il pagamento che devesene fare, e per conseguenza non possono rendere condizionale la disposizione. Se dunque il legatario muore avanti il tempo, esso trasmetterà a' suoi eredi il diritto che risulta dal legato, che acquistò dal giorno della morte del testatore.

§ 2. *Quali diritti risultino dai legati.*

Allorchè il legato è di un corpo

determinato compreso ne'beni ereditarj, di cui il testatore era proprietario al tempo della sua morte, e che il legato sia puro e semplice, la proprietà della cosa legata si reputa trasferita *ipso jure*, e senza alcun fatto nè tradizione, dalla persona del testatore in quella del legatario; è questo uno dei modi di acquistare del diritto civile, che noi abbiamo adottato nel nostro.

Segue da ciò, 1.° che l'erede non può alienare la cosa legata; 2.° che se il fondo legato fosse gravato di qualche servitù a favore del fondo vicino appartenente all'erede, o che quello dell'erede ne fosse gravato a favore del fondo legato, non si fa alcuna confusione dei diritti di servitù, ritenendosi che il fondo legato non sia giammai appartenuto all'erede.

Che se il legato è condizionale, l'erede è proprietario della cosa legata sino all'esistenza della condizione; e per conseguenza egli può alienarlo, ed ha luogo la confusione dei diritti di servitù che il fondo legato aveva sul suo, o il suo sul fondo legato.

Ma allorchè la condizione si verifica, la proprietà della cosa legata passa *ipso jure*, senza alcun fatto o tradizione, nella persona del legatario.

Ciò ha luogo quando l'erede, prima della verificazione della condizione, avesse alienato ad un terzo la cosa legata, perchè non avendo egli su questa cosa che una proprietà, che doveva risolversi e passare nella persona del legatario, mediante la verificazione della condizione, non ha potuto trasmetter la cosa a colui al quale l'ha ceduta, che tale quale esso la possedeva: *Cum nemo plus juris ad alium transferre possit, quam ipse haberet.*

Egli deve ripristinare i diritti di servitù, che il fondo legato aveva sul suo, e che si sono estinti colla confusione nel tempo ch'era stato proprietario del fondo legato: *et vice versa*, se il fondo legato era gravato di qualche diritto di servitù a vantaggio del fondo dell'erede, il legatario deve ripristinarlo; perchè il legatario deve possedere il fondo *eodem jure*, con cui lo possedeva il testatore al tempo della sua morte.

La proprietà della cosa legata passa, a dir vero, nel legatario, senza che occorra alcun fatto o tradizione, dal giorno della morte del testatore, allorquando il legato è puro e semplice, o dal giorno dell'esistenza della condizione allorchè il legato è condizionale; ma esso non ne acquista il possesso che dal giorno della tradizione e rilascio che gliene vien fatto. Sino a tale tradizione l'erede è il legittimo possessore sì delle cose legate come di tutte le altre della successione, ed il legatario è obbligato di domandargliene il rilascio, e non può per se stesso mettersene in possesso. Se egli lo facesse, sarebbe una via di fatto, per la quale potrebbe l'erede procedere contro di lui.

Una tale decisione ha luogo quand'anche il testatore avesse ordinato col suo testamento, che i legatarj fossero *ipso jure* messi in possesso delle cose loro legate, e che potessero per sè stessi mettersene in possesso; perchè il testatore non può colla sua volontà trasferire ne' legatarj il possesso delle cose che la legge trasferisce nel suo erede, e non può nemmeno permettere una via di fatto, permettendo ai legatarj d'immettersi di loro privata autorità in possesso delle cose delle quali l'erede è in possesso in forza della legge; è questo il caso della massima: *Nemo potest cavere ne leges in suo testamento locum habeant*; e di quell'altra: *Non est privatis concedendum quod publice per magistratus auctoritatem fieri debet.*

Il legatario non può nemmeno validamente ottenere dal giudice il rilascio delle cose che gli sono legate, se non dietro istanza diretta contro l'erede, cui egli deve domandare questo rilascio. Per questo motivo con decisione del 16 marzo 1677, riferita nel 6.° volume del Giornale delle Udienze un legatario universale, che aveva ottenuto dal giudice, che aveva messo i sigilli sugli effetti della successione, il rilascio di questi effetti senza citare l'erede, venne condannato a pagare a quest'erede gl'interessi del denaro che gli era stato rilasciato, dal giorno della domanda che l'erede aveva con-

tro di lui diretta per la restituzione di questo denaro, sino al giorno della sentenza che aveva dichiarato valido il legato, e ne aveva investito il legatario; avendo la corte con questa decisione ritenuto, che il legatario aveva ingiustamente sino a quel tempo posseduti gli effetti dell'eredità.

Che se la cosa legata si trovasse, al giorno della scadenza del legato, nelle mani del legatario, cui il defunto l'avesse prestata o depositata, o che la possedesse per qualunque altro siasi titolo, in questo caso il legatario potrebbe ritenerla; sarebbe un circolo vizioso ch'esso la restituisse all' erede, affinchè l' erede gliela rilasciasse.

Allorchè la cosa legata non è un corpo determinato, ma una quantità, come una somma di denaro, o una cosa indeterminata, come un cavallo, è evidente che, in questo caso, il legatario non può divenirne proprietario, se non mediante il rilascio che l' erede gliene fa. Dicasi lo stesso allorchè il legato è di un corpo determinato, ma che non apparteneva al defunto, e che l' erede è stato obbligato di acquistare da colui cui apparteneva, affine di rilasciarlo al legatario.

Tanto che il legato sia di un corpo determinato, quanto di altra cosa, ovvero che sia un fatto che ne formi l'oggetto, gli eredi del testatore, o altre persone ch'ei ne ha gravato, coll' accettazione della eredità, o di ciò che loro è stato lasciato dal testatore, e senza che v' intervenga alcuna convenzione fra essi ed i legatarj, contraggono l'obbligo verso i legatarj di dare o di fare ciò che ne forma l' oggetto. Perciò l' accettazione della eredità è posta nel novero de' quasi-contratti, siccome abbiamo dimostrato nel nostro *Trattato delle Obbligazioni*.

L' accettazione dell' eredità avendo un effetto retroattivo al tempo della morte del testatore, e riputandosi che l' erede sia in possesso de'beni della eredità, dal momento di questa morte l' obbligo ch' egli ha contratto della prestazione de'legati, ch' è una conseguenza dell' accettazione, ha parimenti lo stesso effetto retroattivo al tempo della morte del testatore; si reputa che da questo istante l' erede sia obbligato alla prestazione de' legati, mentre non ha potuto esser in possesso de'beni della successione, che sottoponendosi a questo peso.

Da questa obbligazione nasce il diritto che i legatarj hanno, qualunque sia l' oggetto del legato, di domandare agli eredi, o altre persone gravate del legato, la prestazione di esso; e siccome l' obbligazione si reputa contratta sin dal giorno della morte del testatore dagli eredi che ne sono gravati, il diritto n' è pure da questo giorno acquistato da' legatarj allorchè il legato è puro, e semplice.

Che se il legato è condizionale, non si acquista che dal giorno della esistenza della condizione, perchè le condizioni apposte alle ultime volontà non hanno effetto retroattivo.

Un altro effetto de' legati, che la legge accorda ai legatarj, si è l' ipoteca tacita sui beni che gli eredi, o altri, che ne sono gravati, raccolgono dalla successione del testatore che gli ha gravati de' legati.

SEZIONE III.

Delle azioni che competono a' legatarj per la prestazione de'legati.

I legatarj possono avere tre azioni: l' azione personale *ex testamento*; l' azione di rivendicazione della cosa legata; e l' azione ipotecaria.

ARTICOLO PRIMO.

Dell' azione personale ex testamento.

L'azione personale *ex testamento* è quella che nasce dall'obbligazione che gli eredi, o altre persone gravate della prestazione del legato, contraggono verso i legatarj.

§ 1. *Contro chi s'intenti quest'azione.*

Allorchè havvi un esecutor testamentario, contro di esso i legatarj intentano ordinariamente la loro azione pel rilascio de'loro legati; perchè sebbene l' erede gravato del legato

dal testatore ne sia il vero debitore, si può però dire che lo sia anche lo esecutore testamentario, e mettendosi in possesso de' beni dell'eredità, egli accede all'obbligazione degli eredi, e si obbliga tacitamente verso i legatarj a pagare, a scarico degli eredi, i legati sino alla concorrenza de'beni de' quali si è posto in possesso.

Allorquando vi sono molti esecutori testamentarj, l'azione può intentarsi contro uno di essi.

La domanda diretta dai legatarj contro l'esecutor testamentario deve essere da questi denunziata agli eredi che sono obbligati di soddisfare al legato; perchè questi eredi sono le parti principali interessate a discutere se il legato sia dovuto, o no. Perciò l'esecutore gode dei termini necessarj per chiamarli in causa.

L'erede chiamato in causa consente o si oppone alla domanda del legatario; e se essa è trovata giusta, il giudice accorda al legatario il possesso della cosa legata, condanna l'esecutore a fargliene il rilascio, e dichiara la sentenza comune all'erede.

Sebbene vi sia un esecutor testamentario, e che per l'ordinario contro di lui i legatarj intentino la loro azione, tuttavia se un legatario l'avesse intentata contro l'erede, io non credo ch'essa fosse mal diretta; poichè egli è il vero debitore del legato. Ma l'erede dovrebbe avere un termine per chiamare in causa l'esecutore onde ne faccia il rilascio a suo discarico, perchè egli trovasi al possesso dei beni.

Allorchè non avvi esecutor testamentario, è evidente che in tal caso la domanda non può intentarsi che contro gli eredi, o altre persone che ne sono state gravate, sia espressamente sia tacitamente; essa può anco intentarsi contro gli eredi di queste persone, e contro i loro aventi-causa, vale a dire contro quelli che loro succedono nell'obbligo della prestazione del legato.

§ 2. *Quali eredi e quali altre persone sieno obbligate alla prestazione de'legati, e per qual parte ciascuno di essi siavi obbligato.*

Allorchè il testatore ha gravato nominatamente alcuno della prestazione di un legato, è evidente che vi è tenuto soltanto colui che ne fu gravato, e che l'azione *ex testamento* non può essere intentata che contro di lui. Se sono state nominatamente gravate più persone, ciascuna di esse non è obbligata solidalmente alla prestazione del legato, eccettochè il testatore non l'abbia espressamente ordinato; essa non è tenuta che *in virilem*, cioè per la sua parte personale e numerale; *puta*, se il testatore ha gravato due persone, ciascuna di esse sarà obbligata; se ne ha gravate tre, per lo terzo ec.

Questa decisione ha luogo quando anche uno di quelli, che sono stati nominatamente gravati del legato, succedesse ad una porzione maggiore dei beni del testatore, che l'altro gravato; perchè quelli che sono gravati nominatamente, sono obbligati pe'legati *in virilem*, e non *pro portionibus haereditariis*. Per esempio, se il testatore ha lasciato eredi varj fratelli che succedono soli ne'suoi beni feudali, e varie sorelle che succedono negli altri suoi beni congiuntamente a'fratelli, e che abbia nominatamente gravato uno de'suoi fratelli ed una delle sue sorelle di un legato di mille scudi fatto ad un terzo, saranno questi due eredi tenuti al soddisfacimento del legato ciascuno per una eguale porzione, vale a dire per metà, sebbene il fratello sia erede di una porzione de' beni del testatore maggiore di quella della sorella.

Io opino però che una tale decisione debba soffrire eccezione riguardo a'legati di un corpo determinato, al quale coloro che sono nominatamente gravati del legato sono succesi in porzioni disuguali, perchè in questo caso io penso che essi debbano esservi tenuti *non in virilem*, ma per la parte nella quale ciascuno è succeduto nel fondo legato. Per esempio, se un testatore ha nominatamente gravato suo fratello e sua sorella consanguinei del legato di una possessione, acquisto del quale essi soli fossero chiamati eredi, e che fosse composto di terre feudali, alle quali il fratello succedesse solo ad esclusione della sorella, ciascuno sarà tenuto al

soddisfacimento del legato per la parte che gli compete sul fondo legato, e per conseguenza il fratello, che vi ha una parte maggiore, vi sarà tenuto per una parte maggiore della sorella; perchè non si dee presumere che sia stata volontà del testatore che la sorella acquistasse dal fratello ciò che eccedeva la porzione ad essa toccata sul fondo legato onde contribuire per metà al legato.

Allorchè il testatore non ha espresso quali persone gravava della prestazione del legato, bisogna distinguere fra i legati di corpi determinati compresi nella eredità, e gli altri legati. I legati che non sono di corpi determinati della successione, come sono le somme di danaro, le pensioni vitalizie, le cose indeterminate, quelli che hanno per oggetto un fatto ec., sono a carico di tutti i beni disponibili della successione, e per conseguenza tutti gli eredi, e successori universali sono tenuti ciascuno per la parte nella quale succede.

È questione, se l'erede de'beni proprj debba contribuire coll'erede dei mobili ed acquisti ai legati in proporzione del valore de' beni proprj a' quali succede, o soltanto in proporzione della porzione disponibile di questi beni, vale a dire, sotto i nostri Statuti, in proporzione soltanto del quinto dei detti beni. Alcuni opinano che debba contribuire in proporzione di tutti i beni a'quali succede, non accordandogli lo Statuto altro diritto che di ritenersi la legittima de' quattro quinti che essa gli riserva, cedendo il soprappiù; finchè egli non lo cede, non percepisce la legittima: dal che deducono che tutti i beni de'quali succede sono soggetti al contributo. Io inclinerei per la opinione contraria. I nostri Statuti, decidendo che il testatore può legare sino alla concorrenza de' mobili, acquisti e del quinto de' beni proprj, decidono che questi beni soltanto sieno disponibili, e che il di più non lo è; dal che segue che questi legati sono a carico di questi beni e non degli altri. Ora, ciascuno non deve contribuire ad un peso che in proporzione della parte ch' egli ha nei beni che vi sono sottoposti; l' erede de'proprj non avendo parte ne'beni disponibili, che sono soggetti al peso de'legati, senonchè nel quinto de'proprj, non essendo gli altri quattro quinti disponibili, nè per conseguenza soggetti a questo peso, egli non dee contribuire che in proporzione del quinto.

Per riguardo a'legati di un corpo determinato, vi sono tenuti que' soli che succedono nel corpo determinato che è stato legato, e ciascuno ne è tenuto per la parte nella quale succede.

Allorchè il legato è di un corpo determinato che appartiene ad uno degli eredi, l' erede, cui la cosa legata appartiene, è tenuto pel totale verso il legatario; ma io penso che egli possa domandare a'suoi coeredi, i quali succedono seco lui in una stessa specie di beni, che lo indennizzino ciascuno per la sua parte, specialmente sotto gli Statuti che non vogliono che gli eredi sieno favoriti l'uno più dell'altro. Non è così di coloro che succedono in un' altra specie di beni; per esempio, se alcuno ha legato un corpo determinato che appartiene all'uno de'suoi eredi de'mobili ed acquisti, questo erede può bensì domandare una indennizzazione ai suoi coeredi, che succedono seco lui ne'mobili ed acquisti, ma non potrà nulla domandare agli eredi de' beni proprj, perchè questi non sono propriamente suoi coeredi.

Allorchè il legato è d'un corpo determinato che appartiene ad un estraneo, e che il testatore sapeva appartenere a questo estraneo, tutti gli eredi e successori universali del testatore sono tenuti per questo legato, ciascuno per le stesse porzioni per le quali sarebbero tenuti pel legato di una somma di denaro; perchè questo legato consiste nella prestazione del denaro che vale questo fondo.

V'ha maggior difficoltà nel caso in cui il testatore avesse creduto che la cosa legata gli appartenesse, e che il legato fosse valido a causa della qualità della persona del legatario; perchè si può dire che, in questo caso, il testatore non ha avuto intenzione di gravare di questo legato, senonchè coloro che sono suoi eredi nella spe-

cie di beni de' quali egli credeva che la cosa legata facesse parte, e non gli eredi nelle altre specie di beni.

§ 3. *Se allorquando l' erede, o altra persona nominatamente gravata della prestazione di qualche legato, non raccolga l' eredità, o ciò che gli è stato lasciato, quegli che la conseguisce in suo luogo, sia tenuto al soddisfacimento di questi legati.*

Secondo l' antico diritto romano, allorchè un erede era stato nominatamente gravato di qualche legato, e che egli non conseguiva l' eredità, quegli che la raccoglieva in suo luogo non era tenuto al soddisfacimento di questi legati; quel tal erede essendone stato nominatamente incaricato, sembrava che questo peso non potesse estendersi ad altri.

Colla costituzione di Severo venne stabilita la giurisprudenza su questo punto, che il sostituito a questa persona doveva esservi tenuto; presumendosi che il testatore l' abbia sostituito cogli stessi pesi, sotto i quali aveva istituito il suo primo erede; giacchè per qual ragione avrebbe egli dovuto esentare, e gravar meno il sostituito dell' iscritto che deve presumersi essere stato più caro al testatore, da che l' ha preferito? Dopo la costituzione di Severo si è parimenti deciso, che i coeredi, a' quali accrescevasi la parte dell' erede gravato nominatamente di qualche legato, succedessero pure in questo peso.

Il nostro diritto francese ha seguito questa giurisprudenza; è vero che nei nostri Statuti noi non abbiamo eredi istituiti; ma all' esempio di ciò che è deciso dal diritto romano per riguardo agli eredi istituiti nominatamente gravati di un legato, si osserva nei nostri Statuti che allorquando il legatario universale, il quale sta in certa guisa *loco haeredis*, è nominatamente gravato di legati particolari, e ch' egli non raccolga il suo legato universale, sia premorendo sia rinunziandovi, il sostituito di questo legatario universale, o il suo collegatario, che lo raccoglie in suo luogo, è tenuto a soddisfare i legati e fedecommessi de' quali egli era stato nominatamente gravato.

Per riguardo alle successioni *ab intestato*, la legge 1, § 9, ff. *de leg.* 3, sembra decidere, che i parenti del grado susseguente non sieno tenuti a pagare i legati, de' quali era stato gravato quello del grado precedente, in luogo del quale essi per morte o per rinunzia di lui percepiscono l' eredità.

Ma senza entrare nelle discussioni di alcuni interpreti moderni sul testo di questa legge, basta dire che nella nostra giurisprudenza francese i parenti del grado susseguente, che succedono in luogo di quello del grado precedente, sono tenuti a soddisfare i legati de' quali questi era stato nominatamente gravato. Perchè si presume, che il testatore abbia voluto che questi legati fossero dovuti da quella qualunque siasi persona che succederebbe nella sua eredità, e che non abbia voluto esentare e gravar meno de' parenti più lontani, che gli erano meno cari de' suoi più prossimi che egli aveva gravati: tale è l' opinione di Ricard.

Per riguardo a' legatarj particolari, se un legatario, che fosse stato egli stesso nominatamente gravato del legato o fedecommesso verso un' altra persona, non percepisce il legato che gli è fatto, sia per premorienza sia per qualunque altra causa, l' erede che ne profitta, e nelle mani di cui rimane la cosa legata, è tenuto a soddisfare ai pesi de' quali questo legatario era stato nominatamente gravato.

Che se questo legatario avesse dei collegatarj, le leggi romane distinguevano *inter conjunctos re et verbis, et conjunctos re tantum*; *inter conjunctos re et verbis pars deficientis accrescebat cum onere*; *inter conjunctos re tantum, eo deficiente qui nominatim gravatus erat, alter totum retinebat sine onere.* Questa distinzione è fondata sopra delle sottigliezze che il nostro diritto non ha ammesse, e si dee distintamente decidere che il collegatario, che percepisce l' intiero legato, dee soggiacere a pesi dei quali era stato nominatamente gravato il collegatario, la cui parte a lui si accresce: tale è il parere di Ricard.

Il diritto romano faceva un' altra

distinzione che noi non ammettiamo: si distingueva il caso nel quale quegli che era stato nominatamente gravato era stato utilmente istituito erede, o fatto legatario, e che per la sua premorienza al testatore o per rinunzia alla successione, non aveva percepita l' eredità o il legato, ed il caso in cui quegli che era stato nominatamente gravato fosse stato sin da principio inutilmente istituito erede, o fatto legatario. Nel primo caso, quegli che succedeva in suo luogo, o nelle di cui mani rimanesse la cosa legata, succedeva ne' pesi; ma nell' ultimo caso egli non vi era tenuto; perchè la disposizione essendo stata dal suo principio inutile, sembrava che tutto ciò che ne faceva parte, e per conseguenza i pesi sotto i quali essa era stata fatta, non potesse sussistere.

Nel nostro diritto francese non si fa una tal distinzione, e bisogna indistintamente ritenere che chiunque partecipa di una eredità o di parte di un' eredità, o di qualunque altra cosa particolare in sostituzione di un altro, è sottoposto ai pesi ch' erano stati imposti a colui in luogo del quale egli succede, sia che la disposizione fatta a favor di colui in luogo del quale succede non sia stata in principio valida, sia che sia divenuta caduca posteriormente.

§ 4. *Del rilascio che deve esser fatto al legatario.*

Il rilascio che l' erede o altro successore, che è gravato della prestazione del legato, deve fare al legatario di un corpo determinato, è una tradizione della cosa legata che ne procura al legatario il libero possesso e godimento: *Debet legatarius in vacuam possessionem induci.*

Da ciò segue, che se la cosa legata si trova essere obbligata non solo per un debito della successione, ma pel debito di un terzo, l' erede è tenuto di liberarla per rilasciarla al legatario; *l.* 57, *ff. de leg.* 1; *l.* 6, *Cod. de fideicomm.*; perchè altrimenti non può essergli rilasciata. L' erede non è però tenuto a liberare la cosa legata, che trovasi obbligata pel debito di un terzo, se il testatore ignorava che essa vi era obbligata; a meno che vi fossero delle circostanze capaci a persuadere che il testatore vi avrebbe obbligato il suo erede, quando pure lo avesse saputo.

Qualora poi la cosa legata fosse obbligata per un debito della successione, non v' ha alcun dubbio che l' erede debba indistintamente soddisfarlo, poichè egli è tenuto per tutti i debiti della eredità.

Per lo stesso principio, cioè che il legatario *debet induci in vacuam possessionem rei legatae*, le leggi romane decidono, che allorchè la cosa legata si trova gravata di usufrutto a vantaggio di un terzo, il legatario possa dimandare che l' erede, che è obbligato alla prestazione del legato, riscatti quest' usufrutto; *l.* 66, § 6, *ff. de leg.* 2, perchè altrimenti la cosa non può essere rilasciata al legatario, *non potest legatarius in vacuam rei possessionem induci.*

Presso noi, che non siamo punto obbligati a seguire in tutto le decisioni del diritto romano, inclinerei a credere che regolarmente l' erede non sia obbligato a riscattar l' usufrutto. Egli è vero che la cosa non può esser consegnata al legatario finchè l' usufrutto sussisterà; ma siccome quest' usufrutto deve un giorno cessare, si dee presumere essere stata intenzione del testatore, che la cosa legata venisse rilasciata al legatario allorchè ciò fosse possibile, vale a dire allorchè l' usufrutto venisse a cessare; piuttosto che si debba credere che il testatore abbia voluto gravare il suo erede dell' obbligo del riscatto di questo usufrutto, il quale sebbene possibile in se, sovente però non è in potere dell' erede, quando l' usufruttuario non volesse acconsentire a questa alienazione; ed è anche un principio consacrato nel diritto romano, che *nemo facile praesumitur haeredem suum redemptione onerare velle.* L' erede è bensì tenuto di liberare la cosa legata allorchè il testatore ha saputo che essa era obbligata, perchè il testatore ha certamente voluto che essa venisse rilasciata al legatario, e che non può giammai essere rilasciata, se non viene liberata dall' obbligazione; ma siccome l' usufrutto è

di sua natura estinguibile, potendo la cosa legata esser rilasciata allorchè sarà cessato l' usufrutto, non si può assicurare che il testatore abbia voluto che il suo erede riscattasse l' usufrutto; perchè egli ha potuto volere soltanto che la cosa venisse rilasciata al legatario allorchè l' usufrutto *fosse* cessato.

Se fosse l' erede egli stesso che avesse un diritto di usufrutto sulla cosa legata, vi sarebbe in questo caso minor difficoltà ad attenersi alla decisione delle leggi romane; *l.* 25; *l.* 76, § 2, *ff. de leg.* 2, che vogliono che l' erede rilasci immantinente la cosa legata senza alcuna ritenzione del diritto di usufrutto di cui gode; perchè, in questo caso, è in facoltà dell'erede di effettuare il rilascio, nè è gravato di alcun riscatto.

Non è lo stesso per le altre servitù, di cui il fondo legato si trovasse gravato; l' erede non è obbligato a rilasciare il fondo legato che tal quale ritrovasi, e col peso di queste servitù, sia che esso appartenga a dei terzi, sia che appartenga a lui medesimo; perchè questi diritti di servitù non impediscono che il legatario sia veramente immesso *in vacuam rei possessionem*; *l.* 66, § 6; *l.* 76, § 2, *ff. de leg.* 2.

Allorchè un fondo è stato legato alla chiesa (ciò che è vietato dopo l' editto del 1749), gli eredi del testatore sono obbligati di pagare il diritto d' indennità dovuto al signore del feudo, per mettere la chiesa in istato di posseder questo fondo; è questa una conseguenza dello stesso principio, che l' erede deve immettere il legatario *in vacuam rei possessionem*.

Nelle donazioni tra vivi, il donatore non è obbligato di soddisfare a questi diritti, se l' atto non lo porta; perchè questi atti essendo di stretto diritto, non può sottintendervisi l' obbligazione di soddisfare a questi pesi; il donatario deve imputare a se stesso di non averne fatto spiegare il donatore.

Per riguardo a' profitti di riscatto, ed altri simili, ed al diritto d' insinuazione ed a quello dell' uno per cento dovuto per ragion del legato, sia che il legato fosse fatto a particolari sia che fosse fatto alla Chiesa, gli eredi incaricati della prestazione del legato non ne sono punto tenuti; ma spetta al legatario a soddisfarli, questi diritti essendo dei pesi imposti sul fondo.

L' erede non è obbligato a pagare il diritto imposto sui feudi, a discarico di un legatario ignobile, cui il testatore avesse legato un feudo.

L' erede gravato di un legato di un corpo determinato adempie alla sua obbligazione quando immette il legatario *in vacuam rei possessionem*, egli non è inoltre obbligato di difenderlo dalle evizioni che potrebbero sopraggiungere; *l.* 77, § 8, *ff. de leg.* 2, *et passim*, eccetto che non apparisse tale essere stata la volontà del testatore.

Allorchè il legato è di una cosa indeterminata, o di una quantità, l' obbligo dell' erede gravato della prestazione del legato non si limita ad immettere il legatario in possesso della cosa, ma deve trasmettergli una proprietà irrevocabile, e per conseguenza è obbligato di garentirgliela e difenderla dalle evizioni.

§ 5 *In quale stato la cosa legata debba essere rilasciata al legatario.*

La cosa legata, allorquando consiste in un corpo determinato, deve essere rilasciata nello stato in cui si ritrova all' epoca della consegna. Se essa è aumentata, il legatario profitta dell' aumento. Ciò è incontrastabile per riguardo all' aumento naturale. Per esempio, se il fondo legato è stato accresciuto coll' alluvione, non v' ha dubbio ch' esso debba essere rilasciato al legatario tal quale ritrovasi con un tale accrescimento; *l.* 16, *ff. de leg.* 3.

Dicasi lo stesso degli aumenti che sono provenuti dal fatto del testatore dopo il testamento; la cosa legata deve essere rilasciata con questi aumenti, o ch' essi sieno uniti alla cosa legata con un' unione reale, come sono gli edifizj fabbricati sopra un fondo legato, *l.* 39, *ff. de leg.* 2, o che vi sieno uniti con un' unione di semplice destinazione, come sono de' pezzi di terra che il testatore ha posteriormente al suo testamento incorporati

alla possessione legata; *l.* 24, § 2, ff. *de leg.* 1; *l.* 10, ff. *de leg.* 2.

Vice versa, allorchè la cosa legata trovasi diminuita o deteriorata dopo il testamento, la perdita cade sul legatario, al quale basta che l'erede la rilasci nello stato in cui ritrovasi, sia che la diminuzione o deteriorazione sia naturale, sia che ella provenga dal fatto del testatore; *l.* 24, § 3, ff. *de leg.* 1.

Che se ella provenisse dal fatto o dalla colpa dell'erede o di altra persona incaricata della prestazione del legato, il legatario dovrebbe esserne indennizzato da questa persona; *l.* 24, § 4, ff. *de leg.* 1.

La persona gravata è tenuta a questo riguardo a rispondere della colpa ordinaria, *de levi culpa*; *l.* 47, § 5, ff. *de leg.* 1. Che se la persona gravata era un legatario particolare, che fosse stato incaricato di restituire ad un altro, immantinenti ciò che gli è stato lasciato senza ritrarne alcuno emolumento, non sarebbe obbligato che pel dolo, o per la colpa lata, *de dolo et de lata culpa*; *l.* 108, § 2, ff. *dict. tit.*

L'erede, o altra persona gravata della prestazione del legato, è parimenti tenuto d'indennizzare il legatario della deteriorazione o diminuzione della cosa legata, allorchè essa è sopraggiunta dopo ch'esso è posto in mora di rilasciarla; *l.* 108, § 11, ff. *de leg.* 1: ciò che non ha luogo indistintamente ma soltanto nel caso in cui il legatario non avrebbe sofferto una tal perdita, se la cosa gli fosse stata rilasciata allorchè l'ha chiesta.

Allorquando la cosa legata è una cosa indeterminata, ciò che l'erede rilascia per soddisfare un tale legato, debbe essere una cosa che si trovi in buono stato allorchè viene consegnata: che sia, come si dice, buona e ricettibile.

Il legato di una certa somma di denaro: per esempio di due mila franchi, di quattro mila, non è suscettibile di alcun aumento, nè diminuzione; perchè una somma di denaro è una cosa invariabile. Lo stesso dicasi del legato di tanti scudi, per esempio di dieci scudi, di cento; perchè secondo l'uso ordinario di parlare s'intende per *scudo* una somma di tre lire che è invariabile, e non già precisamente la moneta che dicesi *scudo*, ed il di cui valore è soggetto a variazione.

Che se il testatore ha legato tanti luigi, per esempio una borsa di cento luigi d'oro, in questo caso non è legata una somma; ma un certo numero di luigi d'oro, il cui valore può aumentare o diminuire. E siccome, secondo i nostri principj, il legatario dee profittare dell'aumento o soggiacere alla diminuzione che sopravviene sulla cosa legata: se i luigi sono aumentati o diminuiti dopo il testamento, il legatario profitterà dell'aumento o soggiacerà alla diminuzione, e l'erede sarà obbligato di pagargli cento luigi d'oro, qualunque sia il valore di essi al tempo del pagamento ch'ei ne farà. Ciò venne giudicato da una sentenza riferita nel 6°. volume del Giornale delle Udienze.

§ 6. *Quando la cosa legata debba essere rilasciata.*

Quando il legato non è sospeso da veruna condizione, nè contiene alcun termine che ne differisca l'esecuzione, l'erede, che ha assunta una tal qualità o che ha dovuto assumerla, deve rilasciare al legatario la cosa legata al momento in cui egli la domanda; *l.* 32, ff. *de leg.* 2.

Questa regola non si osserva così rigorosamente, che il giudice non possa accordare un termine conveniente all'erede gravato della prestazione del legato, allorchè questo consista in una somma di denaro, o di altra cosa, di cui non si trovi in possesso, affinchè possa procurarla, e porsi in istato di soddisfare al legato; *l.* 71, § 2, ff. *d. tit.*

Allorchè il legato consiste in un corpo certo che l'erede ha nelle sue mani, non può ordinariamente differirne il rilascio; può però riscontrarsi una causa giusta per differirlo. Le leggi 67 e 69, § 4, *de leg.* 1, riportano degli esempj, che non possono fra noi verificarsi; si può addurre per esempio il caso nel quale il testatore avesse legati ad un terzo alcuni mobili aratorj, necessarj alla

coltivazione della possessione dell'eredità; devesi accordare all'erede, che non può farne senza, un termine nel quale possa provvedersi di altri istrumenti in luogo di quelli de' quali gli è domandato il rilascio.

Se l'erede ha fatto qualche spesa per la conservazione della cosa legata, non può esser costretto a rilasciarla se il legatario non lo rimborsa preventivamente di ciò che ha speso; *l.* 58, ff. *de leg.* 1.

Allorquando il legato contiene qualche peso imposto al legatario, questi non può esigerlo quando ei non sia pronto a soddisfare al peso impostogli; *l.* 22, § 1, ff. *de alim. leg.*

Se il testamento è olografo, il rilascio del legato non può esser domandato finchè il testamento non sia riconosciuto dall'erede, o che, dietro il suo rifiuto di riconoscerlo, ne sia fatta la verificazione; perchè non può altrimenti appoggiare la domanda di questi legatarj. Ma se è un testamento ricevuto da persona rivestita di pubblico carattere, esso fa fede, ed il legato dee rilasciarsi provvisoriamente quand'anche fosse attaccato di falso; *l.* 9, *Cod. de leg.*

§ 7. *In qual luogo debba lasciarsi la cosa legata.*

Allorchè il testatore non si è spiegato nel suo testamento sul luogo in cui verrebbe fatto il rilascio della cosa legata, se trattasi di un corpo determinato, esso deve eseguirsi nel luogo in cui la cosa si trova; ivi il legatario deve mandare a riceverla a sue spese, eccettochè non sia per dolo dell'erede, ch'essa fosse stata trasportata in un luogo più lontano, nel qual caso il legatario dovrebbe essere indennizzato di ciò, che ha speso per la condotta. Così decide la legge 47, § 1, ff. *de leg.* 1: *Si res alibi sit quam ubi petitur, constat ibi esse praestandam ubi relicta est, nisi alibi testator voluit . . . . Sed si ab haerede translata dolo malo ejus, nisi ibi praestetur ubi petitur, haeres condemnatus est . . . . Si sine dolo, ibi praestabitur quo transtulit.*

Che se il legato è di una somma di denaro o di cosa indeterminata, il pagamento dee eseguirsi nel luogo in cui è domandato il rilascio, *ubi petitur*; *d. l.* 47, § 1, vale a dire nel luogo in cui si è aperta la successione.

§ 8. *Degli accessorj della cosa legata, de' frutti, ed interessi.*

L'erede deve rilasciare unitamente alla cosa legata quelle che ne sono gli accessorj necessarj; per esempio, se mi è stato legato l'usufrutto di un fondo, al quale non si possa pervenire senza passare per un altro fondo della successione, l'erede dee accordargli, unitamente all'usufrutto di questo fondo, un passaggio sul fondo pel quale è necessario passare per portarsi sul fondo legato; *l.* 2, § 2, ff. *si serv. vind.* Se mi venne legato un armario, mi si dee pure rilasciarne la chiave; perchè è questa un accessorio necessario dell'armario, e ne fa parte; *l.* 52, § *fin.*, ff. *de leg.* 3.

Non bisogna comprendere fra gli accessorj di una possessione o di una casa senonchè ciò che ne fa parte, e non già i mobili ed effetti che servono soltanto alla sua coltivazione, come sono i bestiami, ec.

I documenti che riguardano i fondi ne sono un accessorio, e devono essere rilasciati al legatario.

La legge 102, § 3, ff. *de leg.* 3, decide, che il legato di un grado militare, o di un impiego, comprende ancora la somma necessaria per esservi ammesso, *onera et introitus militiae ab haerede danda.* Io non penso che, presso di noi, il legato di un impiego comprenda le spese necessarie per esservi ammesso.

Per riguardo ai frutti delle cose legate, il legatario può pretendere soltanto quelli che sono stati percepiti posteriormente alla domanda di rilascio del legato: perchè sebbene il legatario divenga proprietario della cosa legata dal momento della morte del testatore, l'erede, che ignora se il legatario accetterà il legato, possiede giustamente la cosa sino al tempo della domanda, ed ha diritto in questa qualità di percepirne i frutti.

Ma dovrà egli almeno dar conto di quelli che erano pendenti al tem-

po dell' apertura del legato? Ricard decide per l' affermativa; perchè, dice egli, questi frutti facevano parte della cosa legata, *cum fructus pendentes sint pars fundi*; e che il fondo spogliato di questo frutto diviene di minor valore pel fatto dell' erede, che gli ha percepiti; ora, si dirà, l' erede è tenuto verso il legatario di quanto la cosa legata abbia diminuito di valore pel suo fatto. Nonostante queste ragioni io opino che l' erede non debba darne conto al legatario. È vero che questi frutti facevano parte del fondo legato, ma ne facevano parte *ad tempus*, cioè sino a che ne venissero distaccati. La risposta all' altra obbiezione si è, esser vero che lo erede sia obbligato di rispondere di quanto la cosa legata è diminuita di valore per fatto suo, ma allora soltanto quando ha così operato senza alcun diritto; allorchè ha usato dei proprj diritti, non è applicabile la massima; però conseguenza, sebbene il fondo legato, sul quale erano i frutti pendenti, sia diminuito di valore colla percezione che l' erede ne ha fatta, questi non è obbligato a renderne conto al legatario, perchè avendo qualità per percepirli, usa del suo dritto appropriandoseli.

Per riguardo a' frutti percepiti dopo la domanda, essi appartengono al legatario, rimborsando però all' erede le spese necessarie fatte per essi; ma per riguardo a quelle fatte dal testatore, il legatario non è obbligato di rimborsar cosa alcuna.

Allorchè il legato consiste in una somma di denaro, gl' interessi sono dovuti al legatario dal giorno della domanda, purchè non l' abbia inoltrata prima che la somma fosse esigibile.

Sebbene i frutti o gli interessi non sieno stati richiesti unitamente alla domanda della cosa o della somma principale, non lasciano di esser dovuti dal giorno di questa domanda, e non già dal giorno in cui il legatario abbia domandati i detti frutti o interessi; perchè essi sono dovuti per la mora dell' erede, e l' erede viene costituito in mora dal giorno della domanda principale.

Allorchè il legatario dopo la morte del testatore si è messo di sua privata autorità in possesso de' fondi che gli sono stati legati, il rifiuto ch' egli ha fatto all' erede di restituirli e la controversia che ha con questo erede sulla validità del legato, non equivalgono ad una domanda di rilascio, e non danno al legatario il diritto di far suoi i frutti del fondo legato. Perciò con decisione del 16 marzo 1717 di già citata, il legatario, ch' erasi per tal guisa posto in possesso, venne condannato a restituire all' erede tutti i frutti che avea percepiti sino al giorno della decisione, che dichiarò valido il legato, ed ordinò che le cose legate gli rimanessero.

Sebbene i frutti e gl' interessi non sieno regolarmente dovuti che dal giorno della domanda, tuttavia essi saran dovuti dal giorno della morte se il testatore l' ha ordinato; in questo caso non è *ex mora*, ma come compresi *per se* nella disposizione, ch' essi sono dovuti.

Allorchè la cosa legata non è nè una cosa che produca frutti, nè una somma di denaro, non sono regolarmente dovuti nè frutti, nè interessi *ex mora*; se però il legatario ha soggiaciuto ad una perdita o ha mancato di guadagnare pel ritardo, può pretendere di essere indennizzato dei danni ed interessi.

§ 9. *In qual caso debba prestarsi al legatario il valore della cosa legata in luogo della cosa stessa.*

Allorquando la cosa legata esiste, che sia in commercio, e che non sia in facoltà dell' erede di rilasciarla al legatario, *puta*, perchè appartenente ad un estraneo, che non vuol venderla o che vuol venderla oltre il suo giusto prezzo, l' erede è tenuto in questo caso di pagare al legatario il valore della cosa legata in luogo della cosa che non gli può rilasciare, *l.* 14, § *fin.*, ff. *de leg.* 3. *et passim.*

Questo valore è parimente dovuto al legatario in luogo della cosa allorchè sia perita per fatto o per colpa dell' erede, o allorchè sia perita dopo che questi è stato costituito in mora di rilasciarla, perchè il legatario non

ne avrebbe egualmente sofferto la perdita, se gli fosse stata rilasciata tosto che l' ha domandata. Fuori di questi casi, se la cosa legata è perita, non ne è dovuto il prezzo al legatario.

Ciò ha luogo, sia che la cosa appartenga al testatore, sia che appartenga ad un altro: ed in questo caso l' erede profitta dell' estinzione della cosa legata, perchè è liberato dall' obbligo di riscattarla; *l.* 114, § 19, *ff. de leg.* 1.

Parimente, non è dovuto al legatario il prezzo della cosa allorchè questa ha cessato di essere in commercio, come sarebbe se un terreno legato fosse stato destinato a fare una pubblica strada o una piazza di una città; perchè è lo stesso che la cosa non esista, o che non sia più in commercio. Se però l' erede avesse per ciò ricevuta qualche indennizzazione, ne dovrebbe render conto al legatario; *arg. l.* 78, § 1, *ff. de leg.* 2; perchè il legatario essendone divenuto proprietario, a lui deve appartenere il prezzo rimborsato.

Non è parimente dovuto al legatario il valore della cosa legata allorchè essa è stata involata all' erede senza sua colpa; perchè o si sa tra le mani di chi si trovi, ed il legatario può in questo caso rivendicarla, o non si sa cosa ne sia divenuto, ed allora è appunto come se non esistesse.

ARTICOLO II.

Delle altre azioni de' legatarj.

§ 1. *Dell' azione di rivendicazione.*

Allorchè il legato consiste in un corpo determinato che apparteneva al defunto, essendone il legatario divenuto proprietario in forza della legge civile, ne segue che, oltre l' azione personale *ex testamento*, che egli ha contro l' erede per farsela rilasciare ed ottenerne il possesso, ha ancora l' azione di revendicazione, che appartiene ad ogni proprietario, contro coloro ch' ei trova in possesso di una cosa che gli apppartiene.

Bisogna osservare che, secondo il nostro diritto francese, allorchè la cosa legata trovasi in possesso di un terzo possessore, il legatario, per poterla rivendicare contro questo terzo, deve preventivamente farsi rilasciare il suo legato dall' erede o altro successore gravato della prestazione di esso. Ciò viene attestato da Automne al *tit.* 43, *lib* 6. *Cod. comm. de leg.*, e da Baquet, *Trattato dei diritti giudiziali.*

§ 2. *Dell' azione ipotecaria.*

Giustiniano colla sua costituzione ha accordato un' ipoteca a' legatarj sui beni del testatore, a' quali fossero succeduti gli eredi gravati della prestazione del legato.

Sebbene Automne dica che questa legge non sia seguita in Francia, essa però è in vigore; e tutto ciò in che il nostro diritto francese differisce a tal riguardo dal diritto romano, sta in questo, cioè, che secondo il nostro diritto francese il legatario non può intentare le azioni di rivendicazione ed ipotecarie, se non si è fatto immettere in possesso del legato unitamente all' erede.

Quest' ipoteca ha luogo quand' anche il testamento non fosse stato ricevuto da notajo, ma fosse un semplice testamento olografo, perchè la legge è quella che l' accorda. Questa ipoteca non ha luogo sulla parte dei beni del testatore, nella quale ciascuno erede succede, senonchè per la parte di legato cui quest' erede è tenuto di soddisfare. La legge 1, *Cod. comm. de leg.* che stabilisce questa ipoteca, lo decide espressamente: *In tantum hypothecaria unumquemque volumus conveniri, in quantum personalis actio adversus ipsum competit.* In ciò i legati differiscono dai debiti della successione, e la ragione di questa differenza è evidente. Il defunto che ha contratti dei debiti essendone debitore pel totale, ha ipotecati tutti e ciascuno dei suoi beni per la totalità dei detti debiti, ciascuna parte de' suoi beni, che passa a ciascuno de' suoi eredi, si trova dunque ipotecata pel totale dei detti debiti; ma il defunto non è giammai stato debitore de' legati che ha fatti. L' obbligazione non comincia che nelle persone de' suoi

eredi; essa è stata divisa sin dal suo cominciamento, il testatore ha ipotecati i beni che lasciava a ciascuno di essi ai pesi che loro imponeva. Ma siccome non incaricava ciascuno di essi della prestazione de' legati, che per la parte dei beni che gli lasciava non ha perciò inteso d'ipotecare questa parte di beni che gli lasciava senonchè per la parte de' legati di cui li gravava. La nostra opinione, che è fondata nel testo stesso della legge, è pure quella di Ricard, e de' migliori autori. Bacquet e Renusson sono di parere contrario; essi però non l'appoggiano ad alcuna solida ragione. Il principio dell' indivisibilità dell' ipoteca, sul quale si fondano, non è applicabile al caso. È vero, che allorchè certi beni di un debitore della totalità del debito sono stati una volta obbligati per la totalità del debito, ciascuna parte dei detti beni, anche dopo la divisione che se ne fa, non cessa di essere obbligata per la totalità del debito. Ma nel nostro caso la parte, alla quale ciascuno degli eredi è succeduto, non è stata giammai ipotecata per la totalità del legato; essa lo fu solo per la parte della quale quest'erede n'è stato gravato, e per conseguenza non è ipotecata che per questa parte; nell' istessa guisa che allorquando due persone si obbligano senza solidalità per un debito, con un atto che importa ipoteca, i beni di ciascuno non sono ipotecati, che per la parte per la quale ciascuno di essi si obbliga.

La ipoteca, che la legge accorda ai legatarj, non cade che sui beni del testatore, e non su quelli degli eredi Il testatore non può ipotecare i beni de' suoi eredi; perchè non si possono ipotecare i beni altrui. I legatarj non possono dunque acquistare ipoteca sui beni degli eredi, che mediante la sentenza d'immissione in possesso del legato; o con un atto stipulato avanti notaj, col quale gli eredi si fossero obbligati alla prestazione del legato.

L' azione ipotecaria che nasce dall' ipoteca, che la legge accorda sui beni del defunto, può intentarsi contro i terzi che avessero acquistato dagli eredi alcuni beni dell' eredità; ma il legatario per poterla intentare deve preventivamente farsi immettere in possesso del suo legato unitamente agli eredi.

CAPITOLO VI.

Della estinzione de' legati e del diritto di accrescimento.

L' estinzione de' legati o è generale, perchè il testamento, in cui sono contenuti, venga rotto e distrutto, o particolare riguardo ad alcuni legati.

Essa proviene ancora o per parte del testatore, o per parte del legatario, o per parte della cosa legata, o per la mancanza della condizione, sotto la quale il legato è stato fatto.

SEZIONE PRIMA

Della estinzione generale de' legati per la rottura o distruzione del testamento nel quale sono contenuti.

Secondo il diritto romano, un testamento poteva rompersi in due maniere, 1°. con un testamento posteriore; 2°. per la sopravvivenza di qualche figlio nella famiglia del testatore, che si trovasse non essere nè istituito erede, nè diseredato. Questa rottura del testamento, tanto nell' una che nell' altra maniera, importava la estinzione de' legati e fedecommessi, e generalmente di tutto ciò che vi era contenuto.

Questi due modi con cui il testamento rompevasi, non ha più luogo nelle nostre provincie statutarie. Non contenendo i nostri testamenti l' istituzione di erede, e non essendo altro, se non ciò che erano nel diritto romano i codicilli; siccome nel diritto romano una persona poteva far varj codicilli in diversi tempi, i quali erano validi, se nulla contenevano di contrario fra loro; così nel nostro diritto francese, un primo testamento

non è rotto da un testamento posteriore, eccetto che il testatore non abbia dichiarato col testamento posteriore, ch' egli rivocava il precedente; l' uno e l' altro sussistono insieme in tutto ciò che non hanno di contrario. Per riguardo alle disposizioni contenute nel primo testamento, che si trovassero contrarie a quelle che si trovano nel secondo, esse si ritengono rivocate da quelle del secondo.

Parimenti, non esigendo punto il nostro diritto statutario, per la validità de' testamenti, che i figli del testatore sieno istituiti eredi o sieno diseredati, la sopravvenienza di un figlio nato dopo il testamento, che si trova preterito, non rompe precisamente colla sua preterizione il testamento di suo padre.

Tuttavia, se una persona facesse il suo testamento ignorando la gravidanza di sua moglie, il postumo, che nascerebbe, potrebbe far dichiarar nullo il testamento di suo padre; non precisamente a causa della sua preterizione, che non costituisce un vizio nei nostri testamenti, ma per una congettura della volontà del testatore. Si presume ch' egli non abbia fatti i legati contenuti nel suo testamento, se non perchè credeva di non aver figli, e che non ne avrebbe fatti, se avesse saputo che gliene sarebbe sopravvenuto uno. Questa presunzione, fondata sull' affezione naturale de' padri pe' loro figli, fa supporre nel testatore una tacita intenzione di far dipendere i legati che ha fatti dalla condizione, se morrebbe senza figli. Così decide la legge 36, § 2, ff. *de test. militar.*, per riguardo ad un testamento militare nel quale non era necessario d' istituire o diseredare i proprj figli.

La legge 33, § 2, ff. *dict. tit.*, lo decide anche nel caso in cui il figlio fosse sopravvenuto dopo il testamento, vivendo tuttora il padre.

Ma siccome non è la preterizione per se stessa, ma la congettura della volontà del testatore, che fa in questo caso annullare il testamento, ne segue, 1.° che annullandosi il testamento in questo caso, si devono eccettuare, e conservare certi legati di modica somma fatti a' domestici, o altre persone, cui il testatore gli avrebbe verosimilmente lasciati, quand' anche avesse preveduta la nascita del postumo; 2°. che se il testatore ha dati alcuni segni, che la sua volontà era che il testamento venisse eseguito non ostante la nascita di questo figlio, esso dev' essere eseguito, detratta la legittima di questo figlio. Una tale volontà appare se dopo la nascita di questo figlio gli sia passato fra le mani il testamento, se vi abbia apposta qualche postilla, qualche aggiunta, perchè questo è un segno non equivoco, che egli ha perseverato nella sua volontà nonostante la nascita del figlio.

Le maniere colle quali, secondo il diritto romano, s' invalidavano i testamenti *per capitis diminutiomen testatoris*, oppure *non adita haereditate*, non sono più in uso fra noi; perchè noi non abbiamo l' istituzione d' erede, dall' effetto della quale dipendono le altre disposizioni del testamento; e non avvi nemmeno altro cangiamento di stato nella persona del testatore che invalidi il suo testamento, fuorchè la morte civile, che deriva da una condanna a pena capitale.

Se il condannato a pena capitale avesse in appresso ricuperata la vita civile con lettere di abolizione, il suo testamento sarebbe valido.

SEZIONE II.

Della estinzione de' legati per parte del testatore.

I legati e tutte le disposizioni testamentarie si estinguono per parte del testatore allorchè esso viene condannato ad una pena capitale, che gli fa perdere la vita civile, e porta la confisca de' suoi beni. Noi lo abbiamo veduto nella precedente sezione.

Si estinguono ancora per parte del testatore colla rivocazione ch' esso ne ha fatta.

Sebbene il testatore, tuttora vivente, abbia eseguiti preventivamente i legati che aveva fatti, rilasciando al legatario la cosa legata, il legato non

cessa di essere rivocabile per la pura volontà del testatore. Ma è necessario che sia evidente, che il testatore, rilasciando al legatario la cosa legata, non abbia inteso che di eseguire preventivamente il legato che gli aveva fatto, e non già di fargli una donazione tra vivi della cosa che gli aveva legata.

La rivocazione è generale, allorchè il testatore rivoca il testamento o i legati ed altre disposizioni testamentarie che vi sono contenute, o particolare, allorchè rivoca un dato legato o altra disposizione particolare. Questa rivocazione è espressa o tacita.

La rivocazione generale non si estende al legato che il testatore avesse eseguito vivendo; per rivocarlo, è necessaria una rivocazione particolare e speciale.(Decisione del 1675 presso Soefve, II, 490.)

Noi esamineremo finalmente se il testatore può interdirsi la facoltà di rivocare le sue disposizioni.

§ 1. *Della rivocazione espressa, e di ciò che è necessario perchè essa sia valida.*

La rivocazione è espressa, allorchè il testatore ha dichiarato espressamente, con qualunque siasi atto, purchè sia per iscritto, ch' egli rivoca il suo testamento, o che rivoca un certo legato o altra disposizione particolare.

Secondo il diritto romano, un testamento non poteva essere rivocato che con un altro testamento solenne. Secondo il nostro diritto francese, non essendo i nostri testamenti altra cosa, se non ciò che erano i codicilli di persona intestata, che potevano rivocarsi *nuda voluntate*, i nostri testamenti possono rivocarsi anche per la nuda volontà del testatore, purchè essa consti da un atto per iscritto, senza che sia necessario che l' atto contenente la rivocazione sia rivestito delle forme dei testamenti. E perciò se un testatore dichiara con un atto avanti notajo ch' egli rivoca il suo testamento, o una tale disposizione del suo testamento, sebbene l' atto che contiene questa rivocazione non sia rivestito delle formalità de'testamenti, non lascerebbe di esser valido. Egli può ancora fare questa rivocazione con un atto scritto, o soltanto sottoscritto di sua mano.

Da ciò segue, che sebbene un secondo testamento, che contenga una clausola di rivocazione del primo, sia nullo nella forma, il primo non lascia di esser rivocato da questa clausola; perchè la rivocazione de' testamenti potendosi fare *nuda voluntate*, sebbene il secondo testamento, che contiene la clausola rivocatoria, non sia rivestito delle formalità necessarie per renderlo valido, dee almeno essere valido per questa clausola di rivocazione, che non è punto soggetta a queste formalità.

Del resto, la rivocazione deve essere fatta per iscritto: sarebbe troppo pericoloso di far dipendere le ultime volontà di un testatore dalla deposizione de' testimonj, che si potrebbero subornare affinchè attestassero che le ha rivocate; non si ammette nemmeno la prova testimoniale per dimostrare, che siavi intervenuto un atto di rivocazione per iscritto allorchè non ne apparisce alcuno. *Decisione* in Soefve 1, IV, 71. Ma la prova della soppressione dell' atto può essere ammessa; e per quest' oggetto si può agire anche in via criminale.

Affinchè la rivocazione espressa di un legato particolare sia valida, è necessario che la persona, che il testatore ha dichiarato privare del legato, sia la stessa cui lo aveva lasciato. *Legatum nulli alii adimi potest, quam cui datum est*; *l.* 21, *ff. de adim. leg.* E perciò se il testatore, dopo aver legata una somma al figlio di Pietro, si esprimesse così in un atto posteriore: *Privo Pietro del legato che ho fatto a suo figlio*, il legato non sarebbe punto rivocato; *d. l.* 21. Per la stessa ragione, se il testatore, che ha legato a mia moglie, dichiara in seguito che mi priva del legato, questo non sarà rivocato; ma tale disposizione potrà intendersi nel senso, che egli fa questo legato coll' obbligo che non faccia parte della comunione di beni, che esiste tra mia moglie e me.

Affinchè la rivocazione di un legato sia valida, è necessario che la cosa, di cui il testatore dichiara che priva il legatario, sia la stessa che gli

aveva legata, o che ne faccia parte. E perciò se colui che mi ha legato l'usufrutto di un tal fondo, dichiara con un altro atto ch'egli rivoca il diritto di passaggio che mi ha legato su questo fondo, tale rivocazione sarà senza effetto; perchè questo diritto di passaggio è una cosa differente nè fa parte di ciò che mi ha legato; *l.* 3, § 6, *ff. de adim. leg.*

Che se colui, che mi ha legato un fondo, dichiara che rivoca il legato fattomi quanto alla proprietà, oppure che lo rivoca in quanto all'usufrutto, la rivocazione sarà valida nel primo caso per la nuda proprietà, ed io non potrò pretendere che l'usufrutto: e nel secondo caso sarà valida per l'usufrutto, ed io potrò pretendere soltanto la proprietà, lasciando l'usufrutto all'erede: *l.* 2, *in princ. et* § 1, *ff. d. tit.*; perchè queste cose fanno in certa guisa parte di ciò che mi è stato legato, giacchè il legato di un fondo comprende la proprietà e l'usufrutto: *usufructus pars fundi esse videtur.*

Se quegli, che mi ha legato sessanta lire, dichiara che rivoca il legato di ottanta lire che mi ha fatto, la rivocazione è valida; perchè le sessanta lire che mi avea legate, sono comprese nella somma delle ottanta; *l.* 3, § 5, *ff. d. tit.*

Se colui, che mi ha legato indeterminatamente un volume della sua biblioteca, dichiara che non mi lega il suo corpo di diritto, la rivocazione è valida, all'effetto che io non possa scegliere il corpo del diritto; *ll.* 11 *et* 12, *ff. d. tit.*

§ 2. *Della rivocazione tacita.*

La rivocazione tacita si presume in varj casi: 1.° allorchè un testatore con un testamento posteriore lega ad alcuno una parte di ciò che gli avea legato con un precedente, si reputa aver egli tacitamente rivocato il legato per lo di più; *l.* 20, *ff. de instr. vel instr. legat.*

Secondo questo principio, se un testatore con un primo testamento avesse legato al suo debitore la remissione di tutto ciò che gli deve, e che con un secondo dichiara che gli condona tutti gl'interessi che gli dovrà al giorno della sua morte, si reputa aver rivocato il legato della rimissione del capitale: *l.* 28, § 5, *de liber. leg.*

2.° Allorquando un testatore lega con un secondo testamento la stessa cosa, che avea legata con un precedente testamento ad un'altra persona, se vi concorrano alcune circostanze, si presumerà facilmente che il testatore, col legato fatto nel secondo testamento, abbia tacitamente rivocato quello fatto nel primo. Un esempio di circostanza che può in questo caso far presumere la rivocazione del legato scritto nel primo testamento, si è se il testatore, col secondo testamento, in vece gli lega altri oggetti.

Che se non vi concorra veruna circostanza per istabilire questa presunzione, il legato fatto con un secondo testamento della stessa cosa legata con un primo testamento ad un'altra persona, non produce la rivocazione di quello portato dal primo testamento, ed ambedue i legatarj sono ammessi al legato di questa cosa, e sono tra essi ciò che si chiama *conjuncti re tantum*, di che parleremo in seguito.

Allorchè v'ha luogo a presumere che il testatore, legando a una seconda persona la stessa cosa che avea legata ad una prima, abbia avuto intenzione di rivocare il legato fatto alla prima, questa rivocazione del primo legato ha luogo quand'anche il secondo fosse senza effetto, ed anche se fosse fatto a un incapace; *l.* 34, *ff. de leg.* 1.

Nondimeno, se il secondo fosse fatto sotto una condizione, si presumerà che il testatore non abbia voluto rivocare il primo, che sotto questa condizione, a meno che dalle circostanze non apparisse ch'egli abbia voluto rivocarlo assolutamente; *l.* 7, *ff. de adim leg.*

3.° Allorchè il testatore ha cancellato il suo testamento in tutto o in parte, si ritiene ch'egli abbia tacitamente rivocate le disposizioni cancellate: *Nihil interest inducatur quod scriptum est, an adimatur*; *l.* 16, *ff de adim. leg. passim. tit. de his quae in test. de l.*

4.° L'alienazione che il testatore

fa, a qualsiasi titolo, di una casa che avea legata, contiene una rivocazione del legato che ne avea fatto, di maniera che il legatario non può pretenderla, a meno che non provi dalle circostanze, che il testatore ha conservata la volontà di legargliela, o almeno che questa è stata la sua ultima volontà; *l.* 15, *ff. de adim. leg.*

Quand'anche l'alienazione non fosse valida, ella non lascerebbe di contenere la tacita rivocazione del legato. Per esempio, se un marito dona alla sua moglie, durante il matrimonio, la cosa ch'egli ha legata ad alcuno, questa donazione, sebbene nulla, fa presumere rivocato il legato; *l.* 24, § 1, *ff. de adim. leg.* Per la stessa ragione se una moglie vende o dona senza il consenso del marito la cosa legata, questo atto, quantunque nullo, basterà per far presumere il legato rivocato.

Ma perchè l'alienazione della cosa legata porti la tacita rivocazione del legato, bisogna che sia fatto spontaneamente, senza che vi sia stato obbligato. Quindi se il testatore ha venduto, in qualche caso di necessità urgente, la cosa che avea legata, non si presumerà nel testatore la volontà di rivocare il legato, e spetterà all'erede gravato di provarlo; *l.* 11, § 12, *ff. de leg.* 3.

Per la stessa ragione, se il testatore avendo legato la parte indivisa che avea in una casa, l'abbia alienata mediante un'alienazione alla quale è stato provocato, non si dovrà presumere rivocato il legato. Si osservi ancora che se il testatore facesse un semplice pegno della cosa legata, non devesi presumere la rivocazione del legato. *Paul. sentent.* III, VI, 16. La ragione si è, che il testatore, contando in questo caso di ricuperare la cosa che impegna, questo vincolo, cui sottopone la cosa legata, non ha nulla di contrario alla volontà di lasciarla dopo la sua morte al legatario.

Similmente io penso, che una vendita fatta con patto di ricompera, non debba far presumere la rivocazione del legato della cosa in tal modo alienata, molto più perchè queste vendite sono fatte *ex causa alicujus urgentis necessitatis*

5.° Le grandi inimicizie sopraggiunte dopo il testamento fra il testatore e il legatario fanno presumere la rivocazione del legato; *l.* 3, § 11; *l.* 22; *l.* 31, § 2, *ff. de adim. leg.*; a meno che non sia seguita fra essi una perfetta riconciliazione; *l.* 4, *ff. d. tit.*; ma una leggiera dissenzione, un raffreddamento, non danno luogo a questa presunzione.

Si dee pure aver riguardo alla qualità della persona del legatario. Se il legatario non avea altro titolo che quello di amico del testatore, per aver meritato il legato, che gli è stato fatto, l'inimicizia sopraggiunta dappoi fa facilmente presumere la rivocazione di questo legato. Ma se era uno de' figli del testatore, o suo prossimo parente di linea collaterale, o suo insigne benefattore, non si presumerà sì facilmente la rivocazione del legato; perchè in questo caso si può credere, che se il testatore non ha rivocato il legato, ciò sia provenuto dall'essere egli più sensibile ai legami del sangue, o a' benefizj ricevuti che gli rendono cara la persona del legatario, che all'offesa che si presume avergli perdonata.

Secondo questi principj, il legato fatto a un domestico deve riputarsi rivocato, se in seguito il testatore l'abbia scacciato dalla sua casa. Avverrebbe diversamente se fosse partito perchè non era più in istato di servire, o avesse domandato il suo congedo, per entrare in uno stabilimento coll'approvazione del proprio padrone.

6.° Allorquando è evidente che il testatore è stato indotto a fare il legato da un motivo unico, che più non esiste, il legato si presume rivocato. La legge 25, *ff. de adim. leg.*, ne somministra un esempio. Un testatore avea legato un fondo a uno de' suoi eredi, ed avea legato all'altro erede un credito fino alla concorrenza del valore del prezzo del fondo, che avea legato al primo; il legato lasciato al primo essendo stato dappoi rivocato coll'alienazione volontaria del fondo fatta dal testatore, il giureconsulto decide, che quello lasciato al secondo si dee pure presumere rivocato; perchè è evidente che non gli era stato lasciato che per eguagliarlo al primo erede: e che que-

sto motivo, pel quale gli era fatto il legato, non esistendo più, per l'estinzione del legato lasciato al primo, si dee presumere rivocato.

La legge 30, § 2, *ff. d. tit.* ne somministra un altro esempio, cioè di un legato lasciato dal testatore a una persona, in ricompensa dell' incarico impostogli di far portare il suo corpo in una certa sepoltura; avendo dipoi cambiato di volontà su questa sepoltura, il giureconsulto decide che il legato debbe presumersi rivocato.

Secondo questi principj, se il testatore avesse lasciato un legato al suo esecutore testamentario, e che poi con un altro atto ne nominasse in suo luogo un altro, sarebbe presumibile che avesse rivocato il legato che gli aveva lasciato in considerazione, e per ricompensa della esecuzione di cui lo incaricava.

§ 3. *Se il testatore possa rinunciare alla facoltà di rivocare i legati e le altre disposizioni testamentarie.*

I legati e altre disposizioni testamentarie essendo di loro natura ordinazioni di ultima volontà, e per conseguenza essendo essenzialmente ciò che presume abbia il testatore voluto liberamente all' ultimo istante, in cui ha cessato di volere, ne segue essere della loro essenza che queste disposizioni sieno sempre rivocabili, e che il testatore non possa per conseguenza, rinunziare alla facoltà di rivocarle: *Nemo potest sibi testamento eam legem dicere ut a priore ei recedere non liceat*; *l.* 22, *ff. de leg.* 3. La promessa che il testatore farebbe di non rivocare un legato sarebbe dunque nulla, sia che fosse fatta con testamento, sia che fosse fatta con qualche atto posteriore.

Ciò ha luogo quand' anche egli la avesse confermata col giuramento, perchè il giuramento fatto per confermare la promessa, ne è un accessorio; onde segue che se la promessa in se stessa è nulla, il giuramento che la conferma non può essere valido, secondo la massima di diritto: *Cum principalis causa non consistit, nec ea quidem quae sequuntur locum obtinent.*

Non solamente un testatore non può rinunziare assolutamente alla facoltà di cambiare le disposizioni di sua ultima volontà, ma non può nemmeno vincolare questa facoltà. Per questo motivo l' Ordinanza dichiara di niuno effetto tutte le clausole derogatorie, colle quali un testatore dichiara nel suo testamento ch' ei vuole che tutti quelli che farebbe in seguito, i quali contenessero qualche cosa contra od oltre ciò ch' è portato dal presente testamento, non sarebbero validi se non vi si trovasse un certo detto, per esempio: *Beatus vir qui timet Dominum*, o una tale formalità, se non fossero suggellati colla impronta delle sue armi ec. L' Ordinanza dichiara queste clausole di nessun effetto, e vuole che i testamenti posteriori sieno validi e possano rivocare il precedente, quantunque il testatore non vi abbia osservato ciò che si era prescritto coll'antecedente: la ragione si è, che la facoltà che egli ha di rivocare il suo testamento, non deve punto esser vincolata, e sottoposta a delle formalità che potrebbe dimenticare di essersi imposte.

Il principio che i legati e le altre disposizioni simili non sieno mai irrevocabili, soffre una eccezione a riguardo delle istituzioni convenzionali, di cui noi tratteremo particolarmente in un' appendice.

Soffriva ancora una eccezione, prima della Ordinanza, riguardo a' testamenti reciproci; perchè allorquando due persone con un testamento reciproco avevano reciprocamente lasciati i loro beni al superstite di essi, e dopo la sua morte ad un terzo, il superstite, che aveva percepito il legato del predefunto, non poteva più rivocare quello ch' egli aveva fatto ad un terzo. L' Ordinanza del 1735 ha abrogato l' uso di questi testamenti.

Si domanda se la ricognizione fatta in un testamento, che il testatore debba una certa somma a una persona, sia rivocabile. Bisogna distinguere: in quanto che essa contiene una prova del debito, non è rivocabile; la prova che emana da questa confessione sussiste nonostante la sua rivocazione, e dispensa il creditore dall' esibire altre prove del credito; ma questa ri-

cognizione, in quanto che essa conterrebbe un legato della somma, di cui il testatore ha riconosciuto esser debitore, perchè non la doveva effettivamente, è rivocabile; e la rivocazione produce l' effetto, che l' erede il quale non sarebbe ammesso a provare che questa somma non era dovuta, se la ricognizione non fosse stata rivocata, poichè tal ricognizione varrebbe qual legato, sarà ammesso a far questa prova e distrugger quella che risulta dalla confessione rivocata.

SEZIONE III.

Della estinzione del legato per parte del legatario.

I legati si estinguono per parte del legatario, 1.° per la sua premorienza, 2.° allorchè ne diviene incapace, 3.° allorchè se ne è reso indegno, 4.° per la sua rinunzia al legato.

§ 1. *Della estinzione del legato per la premorienza del legatario, o per la sua incapacità.*

Egli è evidente che il legato si estingue quando il legatario muore prima del testatore; perchè i legati non avendo effetto che alla morte del testatore, non possono prima di tal tempo dare alcun diritto; il legatario, che è morto avanti questo tempo, è dunque morto senza aver potuto acquistare alcun diritto risultante dal legato, e non ha potuto per conseguenza trasmetterne alcuno nella sua successione.

Che se il legatario ha sopravvissuto al testatore, il legato, ch' è puro e semplice, non è estinto per la morte del legatario, quantunque muoja avanti di aver accettato il legato, ed anche avanti di averne avuto cognizione, perchè il diritto risultante dai legati è acquistato dai legatarj in forza della legge, ed anche senza ch' essi lo sappiano.

Quando il legato è condizionale, esso è estinto per la morte del legatario precedente l' esistenza della condizione, sebbene dopo la morte del testatore; perchè questi legati non avendo il loro effetto, e non essendo acquistati da' legatarj, che dal giorno della esistenza della condizione, non possono averne veruno se il legatario sia morto in questo tempo. Le condizioni de' legati non hanno un effetto retroattivo al tempo della morte del testatore; nel che differiscono da quelle degli atti tra vivi; e la ragione della differenza si è, che quelli che contrattano, contrattano tanto per essi quanto pe' loro eredi. Per questa ragione il diritto risultante dal contratto può, in virtù del contratto, acquistarsi dopo la morte dei loro eredi, al tempo della esistenza della condizione, la quale a questo oggetto ha un effetto retroattivo al tempo del contratto; in vece che il testatore non lega che alla persona del legatario, nè col suo testamento ha in vista i suoi eredi: perciò il diritto risultante dal testamento non può, dopo la morte del legatario, acquistarsi da' suoi eredi per l' esistenza della condizione alla quale per ciò non dà alcun effetto retroattivo.

Vi sono alcuni legati, i quali non sono soggetti alla estinzione per la morte del legatario; tali sono quelli fatti alle corporazioni e comunità, le quali non muojono; tali sono quelli lasciati ad alcuno, non perchè è una tale persona, ma perchè ha un certo titolo, il quale sussiste e passa a' suoi successori. Per esempio, se taluno lasciasse un legato al re, tal legato non si estinguerebbe colla premorienza del re oggi regnante: *Quod principi relictum est qui, antequam dies legati cedat, ad hominibus ereptus es... successori debetur*; *l.* 56, *ff. de leg.* 2. La ragione si è, che un tal legato si presume fatto non tanto alla persona del re regnante, quanto al re che non muore giammai.

Lo stesso è dei legati che fossero fatti al curato di una tale parrocchia, al luogotenente generale di tal baliaggio, al decano della università ec.

Le circostanze servono molto a decidere, se i legati debbono considerarsi fatti piuttosto al titolo che alla

persona. Perchè se il testatore era stretto da legami personali di amicizia o di parentela colla persona di un procuratore del re, di un decano della università, ec., il legato fatto in questi termini, al procuratore del re, al decano della università ec. potrebb'esser considerato fatto alla persona che il testatore ha indicato colla sua qualità, in luogo d'indicarla col suo nome.

Per la stessa ragione che i legati si estinguono per la premorienza del legatario al testatore o alla esistenza della condizione, così devono estinguersi per la incapacità del legatario, il quale al tempo della morte del testatore, o della condizione che dà luogo al legato, se ne trova incapace, per esempio se fosse divenuto monaco, se avesse perduto la vita civile per una condanna capitale. (*Vedasi* ciò che abbiamo detto, *capitolo* 2, *articolo* 2.)

§ 2. *Della estinzione de' legati per la indegnità de' legatarj.*

Secondo il diritto romano i legati non si estinguevano propriamente per la indegnità del legatario, ma il fisco li percepiva in suo luogo. Secondo il nostro diritto francese, la cosa legata rimane presso colui che è stato gravato del legato, allorchè il legatario se n'è reso indegno. Quindi la indegnità è un modo col quale i legati si estinguono per parte del legatario.

Eravi un gran numero di cause d' indegnità nel diritto romano, le quali non sono ricevute dai nostri usi.

Le cause d'indegnità presso di noi sono: 1.° se il legatario sia stato complice dell'omicidio del defunto, se avesse fatta qualche ingiuria capitale alla sua memoria.

2.° Se alcuno abbia impedito al testatore di rivocare e di riformare il testamento fatto in suo favore deve esser privato come indegno de' legati che gli sono stati fatti; perchè il suo dolo non deve essergli profittevole e fargli conseguir de' legati, che il testatore avrebbe forse rivocati, se non fosse stato impedito di riformare il suo testamento.

Riguardo agli altri legatarj, a' quali il testatore avesse fatto de' legati col testamento che avea intenzion di riformare, o anche di rivocare; se essi non sono stati complici de' raggiri di colui, che ha impedito il testatore di rivocare o riformare il suo testamento, non devono essere punto privati de' loro legati; perchè non avendo commesso alcun atto che li renda indegni, non possono essere esclusi, se non in quanto il testatore avesse effettivamente rivocato i legati loro lasciati; e il desiderio che è sembrato avere avuto il testatore di riformare il suo testamento, o di farne uno nuovo, non costituisce una vera rivocazione di questi legati.

I fatti d' indegnità, co' quali un legatario ha impedito al testatore di riformare il suo testamento, possono esser provati col mezzo di testimonj, come può esserlo un altro delitto: il giudice però non dee permettere questa prova, che colla più grande circospezione.

3.° Una specie di causa d' indegnità, secondo i nostri usi, si è allorquando la persona, che il testatore avea nominata per suo esecutore testamentario, rifiuta di assumerne l'incarico; in conseguenza di questo rifiuto, essa non è ammessa a domandare i legati che sembrerebbero essergli stati fatti colla vista di ricompensarlo della cura di questa esecuzione.

Per la stessa ragione, quantunque non vi sia nel nostro diritto la tutela testamentaria, nondimeno se il testatore avesse nominato alcuno de' suoi parenti per tutore de' suoi figli, e gli avesse fatto alcuni legati; se il giudice, dietro il parere dei parenti, avesse nominato questa persona per tutore, e che essa ricusasse la tutela a causa di qualche privilegio, non sarebbe ammessa a domandare i legati che sembrerebbero esserle stati fatti con questa vista.

§ 3. *Della rinunzia ai legati.*

Il legato si estingue dalla parte del legatario allorchè esso vi rinunzia.

Perchè un legatario possa validamente ripudiare il legato lasciatogli, è d' uopo che possa liberamente disporre de' suoi diritti. Una moglie sot-

to la podestà maritale non può dunque validamente ripudiare il legato lasciatole, senza l'autorizzazione del suo marito; un minore sotto l'autorità del tutore non lo può egualmente.

Quand'anche fosse emancipato, la sua minorità gli accorderebbe il diritto di farsi restituire in intiero contro la rinunzia che avesse fatto al legato, a meno che non fosse un legato tenue di qualche somma o di cosa mobiliare; perchè i minori emancipati, possono dissipare i loro mobili senza poter domandare la restituzione in intiero.

Quando una persona diversa da quella cui il legato fu fatto, ne deve profittare, questa che ne deve profittare può validamente ripudiare il legato. Perciò il marito, in comunione di beni colla moglie, può validamente ripudiare il legato lasciato a sua moglie, il quale sarebbe entrato nella sua comunione, e non ha bisogno per questa rinunzia del consenso di sua moglie. Si potrebbe nondimeno trarre argomento dalla legge 26, *Cod. de fid.*, per dire che in questo caso la moglie possa farsi autorizzare a domandarlo in caso di rifiuto di suo marito, poichè è deciso in questa legge, che il figlio di famiglia può domandare il legato che gli è stato fatto, quando suo padre, che avrebbe potuto acquistarlo *jure patriæ potestatis*, lo abbia ripudiato. Sembra dai Basil. *lib.* 2, cap. 8, § 3, che questa legge contempli il caso di un figlio di famiglia.

Ciò soprattutto deve essere accordato alla moglie quando essa ha diritto di riprendere, in caso di rinunzia alla comunione, quanto vi è entrato per di lei causa.

La rinunzia a un legato si fa o espressamente o tacitamente.

Il consenso che un legatario presta alla vendita che l'erede fa della cosa legata, è considerato come una rinunzia del legato, a meno che non apparisse dalle circostanze non essere stata sua intenzione di rinunziare al legato, ma di consentire a ricevere il prezzo in luogo della cosa; *l.* 120, § 1, ff. *de leg.* 1; *l.* 88, § 14, ff. *de leg.* 2. Che se un legatario si è solamente sottoscritto come testimonio al contratto di vendita della cosa che gli è stata legata, da ciò non si dee indurre una rinunzia al legato; *l.* 34, § 2, ff. *de leg.* 2.

Ci resta da osservare che, sebbene un legatario, cui il testatore abbia fatto due o più legati, ne possa accettare uno, e ripudiare l'altro, nondimeno se l'uno di detti legati è stato fatto sotto certi pesi, il legatario non può, per sottrarsi ai pesi che gli sono imposti, ripudiarlo ed accettare quello che è esente da pesi; *l.* 5, *in prin.* e § 1, ff. *de leg.* 2, et *l.* 22, ff. *de fid. libert.*

SEZIONE IV.

Dell'estinzione de' legati per parte della cosa legata.

I legati s'estinguono per parte della cosa legata allorchè cessa di essere suscettibile del legato, che il testatore ha fatto di detta cosa.

ARTICOLO PRIMO.

Dell'estinzione del legato quando la cosa perisce.

§ 1. *A riguardo di quali legati la regola riceva applicazione, e a quali eccezioni soggiaccia.*

La regola che noi siamo per istabilire, che i legati s'estinguono se la cosa legata perisce, non può essere applicabile che a riguardo de' legati delle cose certe e determinate.

Un legato di una cosa indeterminata non può estinguersi in tal guisa. Per esempio, il legato di un cavallo, è indeterminato; perchè questo legato, fino a che sia soddisfatto colla prestazione di un certo cavallo, non essendo determinato a verun cavallo non può dar luogo all'estinzione del legato; perchè non si può dire di alcun cavallo che egli sia la cosa legata: bisognerebbe perchè la cosa, che è l'oggetto di un tal legato, perisse, che tutta la specie de' cavalli fosse perita.

Avviene lo stesso del legato di una

somma di danaro; perchè non è il danaro precisamente che si trova nello scrigno del testatore alla sua morte, che forma l' oggetto del legato, ma una tal somma di danaro *in abstracto*.

Del resto, i legati delle cose determinate si estinguono coll' estinzione della cosa legata, sia che essa consista in una cosa corporale, sia che consista in una cosa incorporale. Per esempio, se il testatore mi ha legato un certo credito, il legato è estinto se il testatore in tempo di sua vita nè abbia ricevuto il pagamento, o che sia divenuto erede del suo debitore; *l.* 21, ff. *de lib. leg.*; perchè tal credito, ch'era la cosa legata, si trova estinto per causa del pagamento e della confusione.

Il legato alternativo di due cose certe, si estingue coll' estinzione delle cose legate, come il legato puro e semplice; ma siccome ne' legati alternativi di due cose, le due cose sono legate, il legato non è estinto senonchè coll'estinzione delle due cose; allorchè non ne è perita che una, il legato sussiste in quella che resta.

Ma se l' erede gravato del legato avesse offerto l' una delle due al legatario, e l' avesse costituito in mora a riceverla, in questo caso la sola estinzione della cosa, che è stata offerta, produrrebbe l'estinzione del legato, poichè il legato, d' alternativo che era, mediante l' offerta è stato determinato.

§ 2. *Quando una cosa si reputi perita.*

Una cosa è perita allorchè ciò che costituiva la sua sostanza più non sussiste.

Ciò che costituisce la sostanza delle cose non è tanto la materia di cui esse sono composte, quanto le forme che loro sono proprie, che le caratterizzano essenzialmente e le distinguono dalle altre. Perciò quando questa forma è distrutta, sebbene la materia di cui la cosa era composta sussista, e che essa non abbia fatto che prendere una altra forma, la cosa si reputa perita, e il legato, che fosse stato fatto di questa cosa, è estinto. Per esempio, se un testatore avesse legato la lana esistente presso di lui, e che egli ne avesse fatto degli abiti, il legato sarebbe estinto colla estinzione della cosa legata: *Lana legata, vestem que ex ea facta sit deberi non placet*; *l.* 88, ff. *de leg.* 3; perchè, sebbene la materia non sia distrutta e si trovi negli abiti che se ne sono fatti, nondimeno siccome essa non sussiste più nella sua forma di lana, ma nella forma di abiti, è giusto il dire, che la lana legata non sussiste più; perchè gli abiti, benchè fatti di lana, sono qualche cosa differente dalla lana.

Dal principio che la forma propria e caratteristica di ciascuna cosa costituisce l'essenza e la sostanza delle cose, piuttostochè la materia di cui esse sono composte, nasce un' altra conseguenza inversa alla precedente, cioè, che una cosa non si reputa perita, fino a che la forma costituente la sua sostanza sussiste, sebbene non vi resti più niente dell' antica materia di cui era composta. Per esempio, se un edifizio, come un molino o un battello, è stato così sovente riparato dopo il testamento, che non vi resti pressochè o assolutamente niente delle differenti parti che lo componevano, nondimeno essendo sempre restato nella sua forma di molino o di battello, la cosa è considerata essere la medesima ch' era stata legata, e il legato non è estinto; *l.* 65, § 2, ff. *de leg.* 2; *l.* 24, § 4, ff. *de leg.* 1.

Per la medesima ragione, quando alcuno ha legato un gregge o un fondo di bottega, benchè non vi rimanga più alcuno degli animali che componevano il gregge, nè alcuna delle mercanzie che componevano il fondo di bottega al tempo del testamento, essendovi stati surrogati altri animali ed altre mercanzie, pure il gregge o il fondo di bottega, essendo sempre rimasto nel suo stato di gregge o di fondo di bottega, il legato non è estinto, e il legatario può domandare la consegna del gregge, o del fondo di bottega, che si trova al tempo dell' apertura del legato.

Si noti, che ogni cangiamento nella forma di una cosa non produce la sua distruzione, ma solo quel cambiamento di forma, che ne costituisce la

sostanza. Per esempio, se un testatore ha legato un determinato pezzo di terra, e che dopo il suo testamento abbia costruito un edifizio sopra questo pezzo di terra, il cangiamento sopravvenuto nella forma di questo pezzo di terra nuda, che venne occupato da un edifizio, non produce l'estinzione del pezzo di terra; perchè questo pezzo di terra, sebbene occupato da un edifizio, è sempre un pezzo di terra; la forma che costituisce la sostanza del pezzo di terra non è distrutta; la forma dell'edifizio, che gli è sopraggiunta, non è che una forma accidentale; e perciò il legato non sarà estinto, ed il legatario può domandare il rilascio del pezzo di terra unitamente all'edifizio, che vi è acceduto e ne fa parte: *Si aerede legatae domus sit imposita debebitur legatario, nisi testator mutavit voluntatem* (ciò che spetterebbe all'erede di provare); *l.* 44, § 4, *ff. de leg.* 1.

§ 3. *Se quando la cosa legata è distrutta, il legato sussista almeno in ciò che rimane di essa; e degli accessorj della cosa legata.*

Non avvi che l'estinzione totale della cosa legata, la quale produca la estinzione totale del legato; quando ve ne rimane qualche parte, il legato sussiste per questa parte che resta. Per esempio, se mi fu legata una mandra di buoi, e che non ne resti che uno solo, il legato sussisterà per quello che rimane; *l.* 22, *ff. de leg.* 1; perchè sebbene un sol bove non possa formare una mandra, nondimeno quando rimane un de'buoi, onde era composta la mandra, si può ragionevolmente asserire che la mandra non è intieramente e totalmente distrutta, e che il bove che rimane è una parte della mandra legata.

Parimenti, se mi è stata legata una casa, la quale in seguito è stata bruciata, *d. l.* 22, il legato sussiste sopra la area che rimane di questa casa; perchè l'area è una parte della casa; la casa non è distrutta intieramente, e vi rimane l'area che ne forma parte. Perciò se il testatore vi abbia costruito un'altra casa, essa apparterrà al legatario come accessorio di questa area, che faceva parte di ciò che gli è stato legato, secondo i principj della legge 44, § 4, *ff. de leg.* 1, citata in fine del paragrafo precedente.

Egli è vero che la legge 65, § 2, *ff. de leg.* 1, dice formalmente il contrario, ma essa non fa che riportare il sentimento di Celso, il quale non è stato seguito, come appare dalla legge 98, § 8, *ff. de solut.* Gli antichi giureconsulti non erano stati di accordo sopra una tale questione.

Non è così quando il legato non riguardi la casa, ma l'usufrutto della casa: quando la casa è bruciata, il legato è totalmente estinto, perchè è totalmente distrutta la cosa legata; il diritto di usufrutto, che è la cosa legata, essendo il diritto di abitare la casa, questo diritto di abitazione è totalmente estinto quando non vi rimane più che l'area, la quale non è suscettibile di abitazione. Tale è la decisione della legge 5, § 2, *ff. quid. mod. usuf. esting.*

Per ritornare a quanto riguarda i legati delle cose corporali, il legato sussiste, a dir vero, in parte quando la cosa non è stata distrutta che in parte; ma quando è perita totalmente prima dell'apertura del legato, ciò che rimane non può esser preteso dal legatario, poichè l'estinzione totale della cosa legata produce l'estinzione totale del legato.

Sopra questo fondamento le leggi decidono, che quando è stato legato un certo bove il quale è morto, il legatario non ne può domandare la pelle: *mortuo bove qui legatus est, neque corium, neque caro debetur*; *l.* 49, *ff. de leg.* 2. E similmente allorchè un battello legato è stato fatto in pezzi, il legatario non ne può domandare i legnami: *nave legata dissoluta, nec materia debetur*; *l.* 88, § 2, *ff. de leg.* 3; perchè un bove è totalmente perito quando è morto; il battello è totalmente distrutto quando è stato sconnesso; non si può dire che il bove legato sussista in parte nel cadavere che ne rimane, e che il battello sussista in parte nel legno che ne rimane. La

estinzione della cosa legata essendo dunque in questo caso un' estinzione totale, essa produce l' estinzione totale del legato, e il legatario non può pretendere ciò che rimane della cosa, poichè è l' avanzo di una cosa, che ha esistito e che non esiste più, e non come nel caso precedente, l' avanzo di una cosa, la quale non è stata distrutta che in parte, e che sussiste almeno in parte in ciò che ne rimane.

Che se la cosa legata non è stata totalmente distrutta senonchè dopo la apertura del legato, per esempio, se il bove legato è perito dopo la morte del testatore, ciò che ne rimane, per esempio la pelle ec., deve appartenere al legatario; perchè la cosa legata essendo stata una volta acquistata dal legatario per l' apertura del legato, tutto ciò che ne rimane deve appartenergli; per la ragione che tutto ciò che rimane di una cosa appartiene a quello che ne era il proprietario: *meum est quod ex mea superest.*

Convien fare la stessa distinzione riguardo agli accessorj della cosa legata. Quando la cosa è totalmente perita prima dell' apertura del legato, gli accessorj di essa non possono pretendersi dal legatario, poichè il legato è totalmente estinto, e perchè non essendo che accessorj della cosa legata, non sono compresi nel legato *per sè*, ma solo come accessorj della cosa legata, della quale cessano di essere accessorj quando essa non sussiste più, non potendo darsi accessorio senza cosa principale. Per esempio, se un ufficiale ha legato al suo compagno d' armi il suo cavallo di battaglia tutto bardato, ed il cavallo è morto prima della apertura del legato, il legatario non potrà pretendere la bardatura di questo cavallo; perchè non era compresa nel legato se non quale accessorio del cavallo, e non vi può essere più accessorio di una cosa che più non esiste: *Quae accessionum locum obtinent extinguuntur cum principales res peremptae fuerint*; *l.* 2, ff. *de pecul. leg.*

Che se la cosa principale non fosse perita, che dopo l' apertura del legato, questa cosa essendo una volta acquistata dal legatario co' suoi accessorj, i detti accessorj continuerebbero ad appartenergli.

§ 4. *Delle eccezioni che soffre la regola che il legato s' estingue per la estinzione della cosa legata.*

Questa regola soffre una prima eccezione quando la cosa legata è perita pel fatto di quello, il quale era gravato del legato; perchè non è giusto che il suo fatto pregiudichi al legatario; egli deve pagargli il valore della cosa legata perita pel proprio fatto.

Se però la cosa legata fosse perita per un fatto, che l' erede ha dovuto necessariamente eseguire, non sarebbe obbligato ad indennizzare il legatario. *Arg. leg.* 53, § 3, ff. *de leg.* 3. Per esempio, se il cavallo lasciato in legato essendo divenuto moccicoso, l' erede l' ha ammazzato per ubbidire a un' Ordinanza di *Polizia* con cui è ingiunto di ammazzare tutti i cavalli moccicosi; se l' erede in un incendio ha abbattuta la casa legata per togliere la comunicazione del fuoco, in questi ed altri simili casi, non sarà obbligato di pagare al legatario il prezzo della cosa legata perita pel fatto proprio, perchè egli non ha fatto, che ciò che doveva fare.

Una seconda eccezione ha luogo allorchè la cosa legata è perita bensì senza il fatto, ma per colpa dell' erede gravato del legato; egli allora è obbligato di pagarne il valore al legatario, cui non doveva colla sua negligenza recar pregiudizio.

La colpa della quale l' erede gravato del legato è risponsabile a questo riguardo, è la colpa leggiera; *l.* 47, § 5, ff. *de leg.* 1. Se però l' erede era gravato di restituire ad alcuno immantinenti tutto ciò che il testatore gli lasciava, senza ch' esso profittasse di nulla, in quel caso non sarà obbligato che per la colpa lata, *de lata culpa*; *l.* 22, § 3, ff. *ad Trebell.* In tal modo io penso che queste due leggi si debbano conciliare.

Una terza eccezione ha luogo, allorquando la cosa legata è perita dopo che l' erede gravato del legato è stato costituito in mora a rilasciarla; perchè, in questo caso, siccome il legatario non dee soffrir del danno dall' ingiusto ritardo dell' erede, così questi deve pagare al legatario il prezzo della cosa legata perita dopo, che ven-

ne costituito in mora; *l.* 39, § 1, ff. *de leg.* 1, *et passim.* L'erede non vi è però obbligato, che nel caso, in cui il legatario non ne avrebbe egualmente sofferta la perdita, se la cosa gli fosse stata rilasciata, *puta* perchè l'avesse venduta prima. Che se apparisse, che il legatario avrebbe egualmente soggiaciuto alla perdita, se la cosa gli fosse stata rilasciata, siccome in questo caso egli nulla soffre pel ritardo, l'erede non è obbligato a pagargli il prezzo della cosa perita posteriormente alla sua mora; *l.* 47, § *fin.* ff. *de leg.* 1.

Si noti, che per essere il legatario obbligato a rispondere della perdita della cosa legata perita dopo ch'ei venne costituito in mora, è d'uopo che questa cosa sia perita nel tempo, in cui continuava ad essere in mora; che se fosse perita dopo ch'egli ha purgata la sua mora coll'offerta che ha fatta di rilasciarla, e che il legatario sia stato in mora a riceverla, la perdita in questo caso ricade sul legatario. *Arg. leg.* 91, § 3, ff. *de verb. obl.*

Si osservi ancora che allorquando vi sono più eredi obbligati a soddisfare il legato, e che la cosa legata sia perita pel fatto o per la colpa di uno di essi, o dopo che uno di essi venne costituito in mora, soltanto quegli fra essi pel fatto o colpa del quale la cosa è perita, o che è stato costituito in mora, è obbligato a rispondere della perdita della cosa; gli altri non vi sono punto tenuti; *l.* 48, § 1, ff. *de leg.* 1.

In ciò i coeredi differiscono dai debitori solidali, i quali sono tutti obbligati a questo riguardo pel fatto, per la colpa, e per la mora di uno di essi; *l.* 18, ff. *de duob. reis.*

Articolo II.

Dell' estinzione del legato allorchè la cosa legata ha cessato di essere suscettibile del legato che ne è stato fatto al legatario.

Il legato è estinto allorchè la cosa legata ha cessato di essere suscettibile del legato che ne è stato fatto al legatario.

Da ciò segue, 1.° che se dopo il testamento il legatario ha acquistata una proprietà piena e perfetta a titolo lucrativo della cosa che gli è stata legata, il legato è estinto; perchè la cosa legata essendo divenuta cosa sua propria a titolo lucrativo, non è più suscettibile del legato che gliene è stato fatto.

2.° Che le cose che sono fuori di commercio non essendo suscettibili di legato, se la cosa legata è posta fuori di commercio, il legato è estinto; come, per esempio, se il pezzo di terra che venne legato è stato destinato a servire di pubblica strada.

Se però fosse pel fatto e per la colpa dell'erede obbligato a soddisfare al legato, o posteriormente alla sua mora, che la cosa legata avesse cessato di essere in commercio, egli sarebbe obbligato ad indennizzarne il legatario, come appunto egli è obbligato a compensarlo allorchè la cosa legata è perita per fatto proprio o per sua colpa dopo che venne costituito in mora.

Se la cosa legata fosse stata posta fuori di commercio, coll'obbligo però di dare coi denari pubblici un compenso ai proprietarj, come allorquando vennero già abbattute delle case per fare la *Contrada reale*; in questo caso non v'ha dubbio, che se la cosa non è stata posta per tal modo fuor di commercio che dopo l'apertura del legato, questa indennità sia dovuta al legatario; poichè egli ne era divenuto proprietario, e l'aveva acquistata all'epoca dell'apertura del legato. Ma avverrebbe diversamente se la cosa fosse stata posta fuori di commercio prima dell'apertura del legato: perchè non trovandosi all'epoca della morte del testatore, o della condizione che doveva dar luogo al legato, alcuna cosa che fosse suscettibile di legato, *dies legati inutiliter cedit*, il legato trovasi intieramente estinto prima, che possa farsi luogo all'apertura del medesimo.

SEZIONE V.

Chi debba profittare della cosa legata allorchè il legatario non percepisce il legato. Del concorso de' collegatarj e del diritto di accrescimento.

§ 1. *Chi debba profittare della cosa legata allorchè il legatario non percepisce il legato.*

Allorquando un legatario non percepisce il legato fattogli, sia che premuoja al testatore, sia che si trovi incapace o indegno, sia che vi rinunzii, o per qualunque altra siasi causa, se il testatore gli ha sostituito alcuno con una sostituzione volgare, e che questa sostituzione non sia sospesa da alcuna condizione, questo sostituito percepisce in sua vece il legato. In mancanza di sostituito, si fa luogo al diritto di accrescimento allorchè questo legatario ha de' collegatarj, come lo vedremo in appresso, § 3.

In mancanza di sostituito e di collegatarj, la cosa o la somma legata rimane in possesso degli eredi, o di altri che erano gravati della prestazione del legato, i quali ne profittano.

Allorchè avvi un legatario universale, si domanda se sia l'erede o il legatario universale che debba profittare dell'estinzione de' legati particolari. Alcuni han voluto distinguere il caso nel quale il testatore avesse cominciato dal fare un legato universale, e fatto in seguito de' legati particolari, ed il caso in cui, dopo i legati particolari, avesse legato il restante de' suoi beni. Essi convengono che nel primo caso il legatario universale profitti della estinzione de' legati particolari, ciò che non può esser soggetto a difficoltà, non essendo i legati particolari, in questo caso, che distrazioni e diminuzioni del legato universale, che rimane nella sua integrità allorchè non si fa luogo a queste distrazioni e diminuzioni per l'estinzione de' legati, che le contenevano. Ma pensano, che debba diversamente avvenire nel secondo caso, perchè il testatore, legando il rimanente de' suoi beni al legatario universale, non gli ha punto, dicono essi, legate le cose comprese ne' legati particolari che le precedono. Io penso, che anche in questo caso il legatario universale debba profittare delle cose e somme comprese ne' legati particolari estinti; e che questi termini, *il rimanente dei miei beni* debbano intendersi non in questo senso, cioè il rimanente di ciò che è espresso, ma in quest' altro, il rimanente di ciò, che percepiranno coloro, ai quali ho fatti i legati particolari sopra menzionati. Tal è l'intenzione ordinaria di quelli che fanno de' legati universali: Ricard riferisce una decisione che si è conformata al nostro sentimento.

Allorchè sia un legatario particolare colui che venne incaricato di restituire ad un altro, in tutto o in parte, ciò che gli era stato lasciato, e che questo fedecommesso, del quale è stato gravato, venga ad estinguersi per la premorienza o rinunzia del fideicommissario, o per qualche altra causa, il legatario, ch' era stato incaricato di questo fedecommesso, deve profittare, piuttosto che l'erede, dell' estinzione di questo fedecommesso, e deve ritenere ciò ch' era stato incaricato di restituire: tale è la decisione della *leg.* 60, ff. *de leg.* 2, e di alcune altre, *tit. de leg.*, n. 405.

Avverrebbe però diversamente, se apparisse dalle circostanze che il testatore avesse avuto intenzione di costituire questa persona semplice esecutrice delle sue volontà, e non già di legarle cosa alcuna.

§ 2. *Del concorso fra più legatarj di una stessa cosa.*

Allorchè un testatore ha legato a più persone la stessa cosa, o la stessa somma, e che tutti questi legatarj accettano il legato, la cosa o la somma legata si divide fra essi in porzioni virili, cioè in porzioni eguali, ed in altrettante parti quanti sono i legatarj. Per esempio, se un testatore

si è espresso così: Io lego a Pietro una somma di 10,000 lire; io lego a Paolo la stessa somma di 10,000 lire, che ho già di sopra legata a Pietro; questa somma di 10,000 lire si divide in porzioni eguali tra Pietro e Paolo, ai quali è stata legata. Parimenti, se dica: Lego a Pietro, a Paolo ed a Giovanni la mia casa della *Corne*, Pietro, Paolo e Giovanni ne percepiranno ciascuno un terzo.

Quand'anche Pietro, Paolo e Giovanni fossero stati con un'altra disposizione nominati legatarj universali con altri per porzioni ineguali, essi dovrebbero divider la cosa particolare, che loro è legata, non secondo le porzioni loro assegnate nel legato universale, ma per porzioni virili ed eguali. *Arg. leg.* 67, § 1, ff. *de.leg.* 1.

Questa divisione fra più legatarj della cosa legata ha luogo, sià che questa cosa fosse stata loro legata *disjunctim*, con disposizioni o frasi separate, sia che fosse stata loro legata *conjunctim*, con una stessa frase o disposizione.

Si osservi però che se il legato è stato fatto ad alcuno fra essi *disjunctim*, con frasi e disposizioni separate, e ad altri *conjunctim*, con una stessa frase e disposizione, nella divisione che si farà fra tutti questi legatarj, quelli che si troveranno congiunti con una stessa frase e disposizione, prenderanno una sola porzione per essi tutti nella divisione, che faranno con quelli che sono legatarj con frasi separate: *Si conjuncti disjunctis commixti sunt, conjuncti unius personae vice funguntur*; *l.* 34, ff. *de leg.* 1. Per esempio, se alcuno ha legato così: Lego la mia casa della *Corne* a Pietro; lego la mia casa della *Corne* a Paolo; lego la mia casa della *Corne* a Giacomo ed a Giovanni; Pietro avrà un terzo, Paolo un altro terzo, e Giovanni e Giacomo, che sono congiunti con una stessa frase e disposizione, non avranno che un terzo divisibile fra loro.

Se con una stessa frase e disposizione gli uni sono nominati separatamente, gli altri sono compresi sotto una appellazione collettiva, regolarmente questi, che sono compresi sotto la denominazione collettiva, non prendono per essi tutti che una sola parte. Per esempio, se alcuno ha legato così: Lego a Pietro, a Paolo, ed a coloro che ho qui sopra nominati miei legatarj, una tal terra, *Attio et Seio cum hæredibus meis*, la terra si dividerà in tre parti, l'una per Pietro, l'altra per Paolo, e la terza per tutti i legatarj universali; *l.* 7, ff. *de usufr. accresc.* Ciò però dipende moltissimo dalle circostanze e dall'esame della volontà del testatore; e soventi volte le persone, sebbene comprese nella disposizione sotto un'appellazione collettiva, non debbono essere ridotte ad una sola parte per esse tutte, ma deve ciascuna avere la sua. Per esempio, se un testatore, che aveva tre figliocci ed una figlioccia, ha legato così: Lego a' miei figliocci, ed a Giovanna mia figlioccia, una tal rendita, la rendita non si dividerà fra Giovanna per una metà, ed i tre figliocci per l'altra metà, ma avranno ciascuno un quarto; perchè vi è luogo a credere, che se il testatore ha nominata Giovanna separatamente, lo abbia piuttosto fatto per togliere il dubbio che poteva nascere, se essa sarebbe compresa sotto l'appellazione generale dei figliocci, che colla mira di accordare una porzione eguale a quella dei tre figliocci, soprattutto allorquando non esiste alcuna prova che il testatore l'amasse a preferenza degli altri suoi figliocci.

Ecco un altro esempio: un testatore ha legato così: Lego una tal cosa a Pietro ed ai figli che nasceranno da mio fratello: se dopo questo testamento nascono tre figli da questo fratello, essi non percepiranno soltanto una parte divisibile fra loro, ma divideranno ciascuno con Pietro per porzioni virili ed uguali, vale a dire ciascuno percepirà un quarto. *Arg. l.* 6 e 7, ff. *de reb. dub.* Imperocchè vi è luogo a presumere, che se il testatore gli ha compresi sotto un'appellazione generica, lo ha fatto perchè non essendo ancor nati, non avevano ancora alcun nome proprio col quale potessero essere indicati, piuttosto che abbia voluto assegnare ad essi una sola porzione divisibile fra loro.

§ 3. *Del diritto di accrescimento fra i collegatarj di una stessa cosa o di una stessa somma.*

I collegatarj di una stessa cosa o di una stessa somma, sono legatarj della totalità della cosa o della somma legata: per causa del loro concorso soltanto la cosa legata, sebbene legata a ciascuno di essi nella totalità, non potendo però appartenere a ciascun di loro pel totale, *cum duo pluresve unius rei in solidum domini esse non possint*, si divide fra essi.

Da ciò segue, che se alcuno de'legatarj non percipesse il legato, sia per premorienza, sia per incapacità, sia perchè gli piaccia di rinunziarvi, la parte che avrebbe avuta su questa cosa deve accrescersi a' suoi collegatarj, *jure accrescendi*, o piuttosto *jure non decrescendi*. Ciascuno de' collegatarj essendo legatario della cosa legata, allorchè l'uno di essi non vi concorre, la totalità rimane *ipso jure* all' altro. Questo diritto di accrescimento ha luogo, purchè quegli fra i collegatarj, che non percepisce il legato, non abbia alcun sostituito; perchè se il testatore gli avesse sostituita un'altra persona, questo sostituito, in di lui mancanza, gode di tutti i diritti che competevano al legatario; esso percepisce il legato in sua vece, e concorre in suo luogo cogli altri legatarj. Perciò venne deciso *in jure* che il diritto di sostituzione vince il diritto di accrescimento; *l.* 2, § 8, *ff. de bon. posses. secundum tabulas*; *l. fin., de vulgar. substit.*, ed altrove.

Il diritto di accrescimento ha luogo fra i collegatarj a' quali il testatore ha legato *conjunctim*, vale a dire con una stessa disposizione, con una stessa frase, e tra quelli a' quali ha legato *disjunctim*, vale a dire con disposizioni e frasi separate. Per esempio, sia che taluno abbia legato così: Lego a Pietro, a Paolo e ad Andrea una tal cosa; sia che abbia legato in questo altro modo: Lego a Pietro una tal cosa; lego a Paolo una tal cosa; lego ad Andrea una tal cosa; se Andrea premuore, o rinunzia al legato, la parte, ch'egli avrebbe percepita, si accresce a Pietro ed a Paolo.

Si noti però, che i collegatarj, che sono congiunti mediante una stessa disposizione con colui che non percepisce il legato, sono preferiti, riguardo al diritto di accrescimento, a coloro che sono collegatarj della stessa cosa con disposizioni separate: *Praefertur caeteris qui re et verbis conjunctus est*; *l.* 89, *ff. de leg.* 3. Per esempio, io lego una tal cosa a Pietro; lego la detta cosa a Paolo; lego la stessa cosa a Giovanni ed a Giacomo; se Giacomo premuore al testatore, la parte ch' egli avrebbe percepita si accresce a Giovanni solo, che è congiunto seco lui per una stessa disposizione, all' esclusione di Pietro e di Paolo, che erano collegatarj di Giacomo per disposizioni separate. La ragione è, che se Giacomo avesse concorso con Giovanni, non avrebbe apportato discapito che a Giovanni, egli non avrebbe diminuito che il diritto di Giovanni, poichè ambedue non avrebbero avuto che un terzo solo: deve adunque il solo Giovanni profittare della circostanza, che Giacomo non vi concorra.

Per la stessa ragione, allorchè alcuno di coloro, che sono compresi in una disposizione sotto un nome collettivo o generico, e che in conseguenza non avrebbero avuto, che una parte divisibile tra essi sulla cosa legata, premuore o rinunzia al legato, ciò ch'egli avrebbe percepito sulla cosa legata si accresce a quelli compresi sotto lo stesso nome collettivo, a preferenza degli altri collegatarj.

Osservisi ancora, che i collegatarj dividono la parte, che loro si accresce, nella stessa proporzione con cui dividono la cosa legata; e perciò allorchè il testatore ha legato così: Lego una tal cosa a Pietro; lego la detta cosa a Paolo; lego la detta cosa ai quattro figli di Andrea: se Paolo premuore, Pietro solo prenderà una quota nella parte di Paolo eguale a quella che prenderanno i quattro figli di Andrea; non dovendo questi quattro figli percepire che una parte della cosa legata, non devono avere parimenti che una parte divisibile fra loro nella parte di Paolo, che si accresce a Pietro e ad essi.

Allorchè la stessa cosa è stata le-

gata a Pietro puramente e semplicemente, ed a Paolo sotto condizione, avendo Pietro acquistato il legato, che gli era stato fatto, ed essendo morto nel tempo in cui quello fatto a Paolo era ancora in sospeso, trasmette al suo erede il diritto di ritenere tutta la cosa legata, e di profittare per dritto di accrescimento della parte di Paolo, se la condizione, sotto la quale il legato è stato fatto a Paolo, viene a mancare; *l.* 26, § 1, *ff. de condit. et demont.*, perchè questo diritto di accrescimento fa parte del diritto risultante dal legato fatto a Pietro, e Pietro avendolo acquistato lo ha trasmesso al suo erede.

Allorquando dopo avere rinunziato al legato, che mi era stato fatto congiuntamente ad un' altra persona, io divengo erede del mio collegatario morto dopo la scadenza del legato, e prima di essersi spiegato sulla accettazione o rinunzia del legato, posso io, nella qualità di suo erede, che accetta il legato, acquistare anche la parte alla quale ho per me stesso rinunziato? I Proculejani ed i Sabiniani sono stati divisi su questa questione; mi sembra però che debbasi preferire il sentimento de' Sabiniani, i quali pensano, che in questo caso io acquisti la cosa legata nella totalità; perchè io succedo in tutti i diritti del defunto, del quale sono erede, e per conseguenza al diritto ch' egli aveva di ritenere la parte alla quale io aveva rinunziato. Vedansi differenti testi su questa questione, *tit. de leg. n.* 427.

Ci rimane ad osservare una differenza sul diritto di accrescimento fra i collegatarj di una cosa in proprietà, ed i collegatarj di una cosa in usufrutto. Allorchè una cosa è legata in proprietà a più collegatarj, non può più farsi luogo al diritto di accrescimento, dopo che tutti i collegatarj sono concorsi ad accettare il legato, ciascuno essendo concorso a percepirla, acquista irrevocabilmente ed a perpetuità la parte ch' egli ha nella cosa legata, e la trasmette nella sua eredità senza, che i suoi collegatarj possano giammai profittarne. Non avviene lo stesso allorchè una cosa è stata lasciata in usufrutto a più collegatarj; sebbene tutti questi collegatarj sieno concorsi e abbiano diviso fra essi l'usufrutto che loro è stato legato: il diritto di accrescimento, non cessa di avere luogo, perchè a misura, che ciascuno di questi collegatarj morrà, la porzione di usufrutto, della quale esso godeva, si accrescerà a'suoi collegatarj, invece di estinguersi e di consolidarsi colla proprietà. La ragione che ne danno i giureconsulti nella leg. 1, § 3, *ff. de usuf. accrescendo*, è, dicono essi, *quia ususfructus quotidie constituitur et legatur, non ut proprietas eo solo tempore quo vindicatur, quum primum itaque non inveniat alterum qui sibi concurrat, solus utetur in totem ec.* Vale a dire, che non avviene lo stesso dell' usufrutto come della proprietà; la proprietà di una cosa si acquista in un istante e per sempre; e perciò quando un legatario ha acquistata la sua parte nella cosa legata, il legato non può più mancare per tale parte, poichè esso l' ha per sempre acquistata: non può dunque farsi luogo al diritto di accrescimento per riguardo a questa parte. Ma il diritto di usufrutto è un diritto successivo, che non si acquista che successivamente, a misura che si fruisce della cosa; dunque allorchè l' uno de'collegatarj cessa per la sua morte di godere della sua parte, si può dire, che questa parte è cessata nella sua persona, e che vi ha luogo per conseguenza al diritto di usufrutto di questa parte a profitto de' collegatarj, i quali, essendo tutti legatarj dell'usufrutto nella totalità, hanno diritto di ritenerlo, allorchè le altre parti vengono a mancare. La legge 33, § 4, ff. *de usuf.* fa un'altra differenza fra i collegatarj di usufrutto, ed i collegatarj di una cosa in proprietà, che io non credo sia ammessa ne' nostri usi.

§ 4. *Fra quali legatarj abbia luogo il diritto di accrescimento.*

Il diritto di accrescimento non ha luogo, che fra coloro che sono legatarj della stessa cosa, o della stessa somma ciascuno per la totalità.

Hannovi due specie di questi collegatarj. La prima comprende quelli

a' quali si lega la stessa cosa o la stessa somma con frasi separate, che si dicono *conjuncti re tantum*, come allorquando io lego così: Lego la mia casa della *Corne* a Pietro; lego la mia casa della *Corne* a Paolo: ovvero lego a Pietro dieci doppie; lego anche a Paolo le stesse dieci doppie.

Che se il testatore non avesse detto le stesse dieci doppie, ma avesse detto: lego a Pietro dieci doppie, lego a Paolo dieci doppie, si reputerebbe non aver egli legato a Paolo le stesse dieci doppie, ma dieci altre doppie, e Pietro e Paolo non sarebbero congiunti.

Quando il testatore ha legata la stessa parte di una cosa a più persone, essi sono anche congiunti e collegatarj di questa parte, e si fa tra essi luogo al diritto di accrescimento; per esempio, se il testatore che possiede la metà di una data casa lega così: Lego la metà della tal casa a Pietro; lego la metà della tal casa a Paolo: o se essendo proprietario della totalità, lega così: Lego la metà della mia casa a Pietro; lego a Paolo la stessa metà della mia casa che ho già legata a Pietro. Ma se io lego così: Lego la metà della mia casa a Pietro; e più sotto, lego la metà della mia casa a Paolo, Pietro e Paolo si ritengono legatarj di una differente metà, e non sono punto congiunti nè collegatarj.

Se il testatore avesse legata la totalità a Pietro, e che in seguito ne legasse a Paolo una metà; Pietro è Paolo non sarebbero neppure riputatj congiunti, ma si presumerebbe che il testatore avesse staccata dal legato una metà per legarla a Paolo; e perciò Pietro e Paolo sarebbero legatarj di una differente metà; *l.* 41, § 1. *ff. de leg*; *l.* 23 *Cod. de leg.*

La seconda specie de' collegatarj e congiunti comprende coloro a' quali è stata legata la stessa cosa, o la stessa parte di una cosa, o la medesima somma, con una stessa frase; e questi sono quelli che si dicono *conjuncti re et verbis*, come quando un testatore ha legato così: Lego a Pietro e a Paolo la mia casa della *Corne*; o lego a Pietro ed a Paolo 10,000 lire. Che se il testatore avesse aggiunto, *a ciascuno di essi*, Pietro e Paolo non sarebbero collegatarj di una stessa somma di 10,000 lire; ma Pietro lo sarebbe di lire 10,000, e Paolo di una altra somma di 10,000.

Affinchè i congiunti di queste due differenti specie sieno veramente congiunti, e possano esser legatarj ciascuno per la totalità della stessa cosa, è d' uopo che il testatore non abbia loro assegnate parti in questa cosa nè espressamente nè tacitamente. Che se il testatore ha assegnata a ciascuno de' legatarj, a' quali ha legata la stessa cosa, una parte di essa, questi legatarj non sono propriamente collegatarj, essendo ciascuno legatario della sua parte, e non vi ha luogo al diritto di accrescimento fra essi.

Così si dee decidere quando anche fossero legatarj in forza di una sola e medesima disposizione, con una sola e medesima frase; e tali sono que' legatarj che si chiamano *conjuncti verbis tantum*; come quando si è legato così: Lego a Pietro ed a Paolo la mia casa della *Corne* in eguali porzioni.

Vi sono nondimeno alcuni interpetri che hanno preteso esservi luogo al diritto di accrescimento anche fra questi congiunti. *Arg. leg* 16, §. 2, *et fin. ff. de leg.* 1. Ma il sentimento contrario, che è quello di Cujacio, è più conforme ai principj; perchè il testatore avendo assegnato loro delle parti nella cosa legata, non essendo essi che legatarj di questa parte che loro è assegnata, non vi è alcuna ragione perchè possa farsi luogo tra essi al diritto di accrescimento. eccettochè non provassero per alcune circostanze, che il testatore abbia voluto loro accordarlo, ciò che si dee supporre nel caso della legge opposta. Del resto, *sola conjunctio verborum* non è *per se* sufficiente a far presumere questa volontà in un testatore, che ha potuto comprenderli in una stessa frase soltanto per abbreviare il discorso, *propter sermonis compendium*.

Secondo questi principj, venne giudicato, che essendo stata legata una cosa a due persone con la clausola, per esser divisa fra loro, non facevasi luogo al diritto di accrescimento. La

decisione è riferita da Soefve, 1, 11, 31.

Quando un testatore ha legato a più persone l' usufrutto di una certa terra pe' loro alimenti, si ritiene che, legandola loro per gli alimenti, abbia limitato il legato, che loro faceva, alla porzione di questo usufrutto che egli ha giudicato esser bastante per gli alimenti di ciascuno di essi, sebbene non abbia fatto alcuna espressa menzione di parti nella sua disposizione: e per conseguenza non vi sarà luogo al diritto di accrescimento fra questi legatarj; *l.* 57, § 1, *ff. de usuf.*

Quando un testatore ha incaricato Pietro e Paolo, suoi due eredi, di lasciare ciascuno a' suoi figli l'usufrutto di una data terra, i figli di Pietro sono bensì congiunti fra loro nell' usufrutto della terra nella quale Pietro loro padre è successo, e fra loro vi ha luogo al diritto d' accrescimento; ma essi non sono punto congiunti e collegatarj coi figli di Paolo, e non vi ha luogo a diritto di accrescimento fra essi ed i figli di Paolo, perchè essi sono legatarj di differenti parti, non essendo Pietro stato gravato, che a favore de'proprj figli, e Paolo a favore dei suoi, come risulta da questi termini *ciascuno a' suoi figli.* I figli di Pietro non sono legatarj dell'usufrutto, che della porzione alla quale è successo Pietro, i figli di Paolo dell' usufrutto della porzione a cui è successo Paolo, e per conseguenza essendo legatarj di differenti porzioni, non sono punto congiunti, nè può farsi luogo al diritto di accrescimento fra loro. Così decide le legge 11, ff. *de usuf. accresc. Cum singulis ab haeredibus singulis ejusdem rei fructus legatur, fructuarii separati videntur . . . . . Unde fit ut inter eos jus accrescendi non sit*; *d. l.* 11. *Cum alter ab alio haerede usumfructum vindicat*; *l.* 12, *d. tit.*

Quando la stessa cosa è stata legata a due persone sotto un' alternativa; per esempio: io lego a Pietro o a Paolo la tal cosa; questi legatarj non sono congiunti, ma sono fra essi concreditori solidali della cosa legata, *correi credendi*; ed è in facoltà dell' erede, facendone il rilascio della totalità ad uno, di liberarsi verso ambedue; *l.* 16, ff. *de leg.* 2.

§ 5. *Delle differenze che esistevano secondo la costituzione di Giustiniano fra le differenti specie di legatarj congiunti, e se esse abbiano luogo nei nostri usi attuali.*

La costituzione di Giustiniano stabilisce due differenze sul diritto di accrescimento fra i legatarj congiunti o collegatarj mediante disposizioni o frasi separate, che si dicono *conjuncti re tantum*, *o disjuncti*, e fra i collegatarj congiunti mediante una stessa frase, che diconsi *conjuncti re et verbis.*

Il diritto di accrescimento, secondo questa legge di Giustiniano, ha luogo, per riguardo ai primi, loro malgrado, e senza che sieno obbligati a' pesi imposti al collegatario la di cui porzione si accresce loro; ma riguardo a quelli, che sono congiunti *re et verbis*, la porzione del collegatario, che non percepisce il legato, non si accresce a' suoi collegatarj, che in quanto essi lo vogliano, e si accresce loro con tutti i pesi imposti al collegatario la di cui porzione loro si accresce: *Disjunctis accrescit invitis et sine onere, conjunctis non nisi volentibus, sed cum onere.* La ragione di questa differenza si è, che i legatarj nominati con disposizioni separate, che si dicono *disjuncti*, o *conjuncti re tantum* sono, ciascuno individualmente, legatarj puri e semplici della intera cosa legata; quando uno di questi collegatarj non concorre coll' altro al legato, quegli, che solo raccoglie il legato, percepisce la cosa interamente per sè, e nulla in testa del suo collegatario, il diritto di accrescimento è a di lui riguardo un non decrescimento piuttosto che un accrescimento; onde ne segue ch' egli non deve esser sottoposto ai pesi imposti al collegatario, la di cui porzione gli si accresce; poichè egli non ottiene questa porzione per parte di questo collegatario, ma ritiene interamente per se l' intiera cosa; onde ne segue pure che *accrescit invito*, poichè avendo interamente per sè la cosa intera, non può essere in suo potere di accettare

in parte il legato, e di rinunziare per l' altra parte.

Al contrario, allorchè il testatore ha legata una cosa a più collegatarj con una stessa frase, e con una stessa disposizione, la disposizione fatta a profitto di questi legatarj contiene *per se*, e non *ex accidenti* di un' altra disposizione, l' obbligo di dividere la cosa legata in caso di concorso dei collegatarj. È vero che il testatore non avendo assegnata espressamente una parte a ciascuno, e non avendo per conseguenza limitato ad alcuna parte il legato ch' egli faceva a ciascuno di essi, si può dire, in certo modo, che egli abbia legato a ciascuno di essi la cosa intiera; ma esso non ha legato la cosa intiera a ciascuno di essi, che in mancanza degli altri; ciascuno non è dunque propriamente legatario *ex persona sua*, che della porzione virile: egli ottiene il rimanente per parte degli altri, le di cui porzioni gli si accrescono per la loro mancanza; e per conseguenza deve essere sottoposto a tutti i pesi imposti a'suoi collegatarj, secondo la massima che, *qui alterius jure utitur eodem jure uti debet.*

Da ciò segue, che questa specie di collegatario non deve avere il diritto di accrescimento, se non in quanto esso lo vorrà, *accrescit volentibus*, e che può attenersi a quella porzione, che gli spetta per parte sua.

Questa sottile distinzione fra le differenti specie di collegatarj, per rapporto al diritto di accrescimento, non è punto, come insegna Ricard, ammessa nei nostri usi; ed ogni collegatario, tanto che sia congiunto *re et verbis*, tanto che sia congiunto *re tantum*, è sottoposto a' pesi imposti a'suoi collegatarj, le porzioni de'quali gli si accrescono, se vuole usare del diritto di accrescimento, ciò che sta in suo arbitrio.

CAPITOLO VII.

Della interpretazione de' legati.

SEZIONE PRIMA.

Regole generali sulla interpetrazione de' legati.

Regola I. Le ultime volontà sono suscettibili di una interpretazione estensiva, e devesi principalmente applicare a scoprire quale sia stata la volontà del testatore: *In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur*; *l.* 12, ff. *de reg. juris. In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus qui eas protulisset*; *l.* 96, ff. *de reg. juris.*

Regola II. Non bisogna però scostarsi dal significato delle espressioni del testamento, se non vi sono de' giusti motivi da credere, che il testatore le abbia intese in un senso diverso dal loro senso naturale: *Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem*; *l.* 69, ff. *de leg.* 3.

Regola III. Quando vi sono de'giusti motivi di credere, che il testatore abbia intesi i termini, de' quali si è servito, in un senso diverso del loro senso naturale, bisogna intenderli nel senso nel quale vi è luogo a credere che il testatore gli abbia intesi, piuttosto che nel loro senso naturale.

Questi giusti motivi sono: 1. quando la disposizione contenesse una contraddizione, se i termini fossero presi nel loro senso naturale. Si possono addurre per esempio delle formole di sostituzione fidecommessaria, delle quali si servono ne' loro testamenti i notaj ignoranti: *Io voglio che la porzione, che un tale mio nipote avrà nella mia successione, sia dopo la sua morte sostituita ai suoi figli nati e da nascere, riservando soltanto l' usufrutto al detto mio nipote.* È chiaro che in questa formola il termine di usufrutto non è preso nel suo senso naturale, vale a dire, per un diritto separato dalla proprietà che una persona ha di godere di una cosa, ma è preso pel diritto di proprietà gravato di sostituzione

che il testatore ha chiamato impropriamente *usufrutto*. Imperciocchè siccome il diritto di usufrutto si estingue colla morte, così il diritto di proprietà, di cui gode il gravato di sostituzione, deve estinguersi colla morte nella sua persona, se si fa luogo all'apertura della sostituzione, e passa in quelle de' sostituiti. Se s' intendesse diversamente, la disposizione implicherebbe contraddizione, perchè il testatore avendo voluto, siccome appare nel principio, gravare suo nipote di sostituzione dopo la sua morte a vantaggio de' figli del detto nipote, della porzione che gli perverrà della sua eredità, vale a dire, gravarlo di restituire dopo la sua morte questa porzione ai detti figli (perchè ciò è quanto significa sostituzione), ripugnerebbe, ch' egli non avesse fino al tempo della sua morte la proprietà di questa porzione, e che non ne avesse che l'usufrutto, perchè non potrebbe restituirla dopo la sua morte se non l' avesse. Tale è la decisione della legge 15, ff. *de aur. et arg. leg.* 2.

Vi è ancora un giusto motivo d'intendere i termini de' quali si è servito il testatore in un senso diverso dal suo senso naturale, allorchè, se fossero presi nel loro senso naturale, esprimessero qualche cosa, che il testatore non avrebbe potuto ordinare o avrebbe inutilmente ordinato: *Cuum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari, et secundum id quod credibile est cogitatum, credendum est*; *l.* 24, ff. *de reb. dub.* Per esempio, se sotto i nostri Statuti un testatore si fosse espresso così: Istituisco mio erede un tale; il termine di erede, del quale si è servito, non deve intendersi nel suo senso naturale; perchè in questo senso la disposizione sarebbe come inutile, poichè l'istituzione di erede non ha luogo sotto i nostri Statuti, e ch' essi non riconoscono altri eredi che quelli cui la legge accorda una tal qualità, e che non è in facoltà dei testatori di crearsi degli eredi testamentarj. Questo termine di *erede* in questa disposizione dee dunque prendersi piuttosto in un senso improprio, per legatario universale, che è il senso nel quale probabilmente il testatore l'ha inteso.

Ecco un altro esempio: Se il testatore ha fatto un legato ad un minore, che il testatore doveva sapere aver di già passata l' età di piena pubertà, sotto questa condizione, allorchè sarà pervenuto alla pubertà, il termine di pubertà non devesi in questa disposizione intendere nel senso che significa ordinariamente; altrimenti il testatore avrebbe inutilmente apposta questa condizione: ma si deve prendere il termine di pubertà per l' età maggiore, che è il senso nel quale v' è luogo a credere che il testatore l' abbia inteso: *si quis jam puberi, minori tamen viginti quinque annis sic legaverit, cum ad pubertatem pervenerit, puto de aetate eum sensisse*; *l.* 50, § 5, ff. *de leg.* 3.

Avvi una infinità di altri esempj di questa regola riferiti al *tit. de leg. n.* 150.

Regola IV. Una disposizione deve intendersi piuttosto nel senso secondo il quale può aver effetto, che nel senso secondo il quale non potrebbe averne alcuno. Per esempio, se alcuno ha fatto delle donazioni per contratto di matrimonio a sua moglie, e che gliene abbia anche fatte nel corso del matrimonio, e che essendo sottoposto ad uno Statuto che permette di lasciare alle mogli per testamento, e non donare tra vivi, siasi espresso così: *Lego a mia moglie ciò che le ho donato fra vivi*, devesi intendere con questi termini ciò che il testatore le ha donato colle donazioni, che le ha fatte durante il matrimonio, e che sono nulle, e non ciò che le ha donate col contratto di matrimonio; perchè il legato non avrebbe alcuno effetto se s'intendesse di quelle donazioni, poichè inutilmente si lega a taluno ciò che gli si è donato validamente. Tale è la decisione della legge 109, *ff. de leg.* 1.

Regola V. Quando non appare chiaramente dalle espressioni delle quali si è servito il testatore ciò che ha voluto legare, si devono esaminare tutte le circostanze, che possono servire a scoprire la volontà del testatore. Per esempio, se io ho legato al mio figlioccio una borsa di cento mo-

nete in corso, il qual legato gli sarà pagato il giorno delle sue nozze; sul dubbio di quali monete abbia inteso parlare il testatore, se di luigi d'oro, o di scudi di sei franchi, o di scudi di tre lire, o d' altra piccola moneta, bisognerà esaminare primieramente quale fosse l' uso del testatore: perchè se egli, mentre viveva, fosse stato solito di fare ai suoi figlioccì della stessa condizione del legatario, al tempo delle loro nozze, un presente di una borsa di tali monete, si presumerà aver egli inteso parlare della stessa specie di moneta della quale vivendo costumava di regalare. Mancando questa circostanza, devesi prendere in considerazione l' uso del paese; perchè se queste specie di presenti sono in uso nel paese, e che fra persone di simile condizione ordinariamente si facciano questi regali in borse di cento luigi d' oro, si presumerà che il testatore abbia inteso parlare di borse di cento luigi d' oro: la dignità della persona del legatario, l' amicizia che il testatore gli portava, entrano pure in considerazione. Finalmente le somme, ch' egli ha legate ad altre persone, possono pure servire a scoprire la volontà del testatore; perchè se collo stesso testamento egli ha fatto ad altri suoi figliocci di eguale condizione del legatario de' legati di una somma di 2,400 o 2,500 lire ec., si potrà conchiudere che la borsa di cento monete, di cui ha inteso parlare, sia una borsa di 100 luigi d' oro; *l.* 50, § *fin.*, ff. *de leg.* 1.

Un altro esempio: Io ho legato a taluno la terra di Granges o di Mazures a sua scelta; io aveva unito alla terra di Granges molte altre terre; nell' incertezza, se sia l' attuale terra intiera di Granges, o l' antica, che io ho voluto legare, la conformità del valore dell' antica terra di Granges con quella di Mazures, delle quali ho accordato la scelta al legatario, è una circostanza che serve a decidere, che io non ho inteso parlare, che dell' antica; *l.* 1, ff. *de reb. dub.*

Ciò che il testatore ha espresso rapporto al motivo del suo legato può ancora entrare in considerazione per giudicare del senso della disposizione allorchè è ambigua; *l.* 41, ff. *de leg.* 3.

Ma quando è d' altronde chiaro, non devesi punto riguardare a ciò, che il testatore ha potuto dire sul motivo del suo legato, *l.* 4, ff. *de alim. leg.*

REGOLA VI. In mancanza di circostanze sulla maggiore o minor quantità di ciò che è stato legato, si deve decidere per la minore, *semper in obscuris quod minimum est sequimur*; *l.* 9, ff. *de reg juris.* Per esempio, se taluno ha legato ad un estraneo una parte uguale a quella, che avrebbe percepito uno de' suoi figli nella eredità, quella del legatario deve essere eguale a quella del figlio che percepisce la parte minore; *l.* 43, § 1, ff. *de leg.* 2.

Altro esempio: Se il testatore avesse dichiarato di ridurre un legatario, al quale aveva lasciati diversi legati, ad un solo di quelli che gli aveva fatti si riterrebbe che lo avesse ridotto al minore di detti legati: *sed quod magis est adeptum ? ait posse dici exiguius esse praestandum*; *l.* 14, § 1, ff. *de leg.* 1.

Questa regola si uniforma alla precedente; perchè la causa di un erede essendo più favorevole che quella di un legatario estraneo, s' interpreta il legato nel senso il più favorevole interpretandolo contro il legatario e nel senso che sempre più liberi l' erede.

Ecco il motivo per cui questa regola può soffrire eccezione quando la persona del legatario merita maggiore favore; *Arg. leg.* 38, § 2, ff. *de aur legato*; ciò che deve aver luogo nel caso in cui i successori universali, i quali profitterebbero della interpretazione che restringerebbe il legato particolare, sieno degli estranei che meritino minor favore del legatario particolare. *Ved. l.* 27, § 1, ff. *de legatis* 3.

REGOLA VII. Non è sempre colui, dal quale il testatore ha detto che verrebbe pagata la somma legata, che è gravato del legato, ma piuttosto colui che il testatore ha avuto effettivamente in mira di gravare. Per esempio, se il testatore ha legato così: Lego a un tale una tal somma, la somma, che il mio fittajuolo di un tal luogo gli pagherà a conto de' suoi fitti; è l' erede e non il fittajuolo che è gravato del legato di questa somma, sebbene il testatore

avesse altronde fatto de' legati a questo fittajuolo; *l.* 27, § *fin.*, *ff. de legatis* 3.

Regola VIII. Non è sempre il legatario colui al quale il testatore ha detto, che la somma legata sarebbe pagata, ma è colui che il testatore ha voluto beneficare. Per esempio, se egli disse nel suo testamento: Voglio che si paghino a Pietro i mille scudi, pe' quali ritiene mio cugino Giacomo in prigione, è evidente che il legatario non è Pietro, ma Giacomo; e perciò se Giacomo premuore al testatore, il legato sarà caduco. Avvi un simil caso nella legge 11, § 22, ff. *de legatis* 3. In generale tutte le volte che un testatore ordina che si pagherà a un creditore ciò che gli è dovuto da un terzo, il legato si reputa piuttosto fatto al debitore che al creditore: e parimenti allorchè il testatore incarica alcuno de' suoi legatarj di pagare ciò ch' ei deve, questa disposizione si reputa piuttosto fatta a profitto degli altri successori del testatore, che sarebbero obbligati a soddisfare questo debito, che a vantaggio del creditore.

Cionondimeno possono esservi delle circostanze che facciano presumere che il testatore, ordinando pagarsi al creditore di un terzo ciò che allo stesso era dovuto dal terzo, abbia voluto beneficare non solo il debitore, ma anche il creditore, che aveva interesse di avere un debitore diverso dal suo, che non era forse troppo sicuro; *l.* 3, § *fin.*, *et l.* 4, ff. *de liber. legatis.* Ciò si presume dalle relazioni di amicizia; ed in questo caso l' uno e l'altro sono legatarj, e possono domandare il soddisfacimento del legato. E perciò il creditore stesso, nel caso in cui il debitore fosse premorto al testatore, può domandare che gli eredi del testatore gli paghino il suo credito. Ma in questo caso, siccome il legato fatto al debitore rimane estinto per la sua premorienza al testatore, gli eredi del testatore potranno, pagando, farsi surrogare nelle azioni del creditore al fine di ripetere la somma contro gli eredi del debitore; ciò che non potrebbero fare se il debitore, che il testatore ha voluto liberare, fosse sopravvissuto ed avesse acquistato il diritto risultante dal legato che il testatore ha voluto fargli.

Vi sono molti altri esempj di casi ne' quali tutt' altro individuo, fuori quello al quale il testatore ha espresso che la cosa o somma legata sia rilasciata, viene per le circostanze riputato esserne legatario. Vedi *tit. de leg.* dal n. 156 sino al n. 164.

Regola IX. Il legato generale di tutte le cose di una certa materia contiene quelle, che non sono interamente di questa materia, e nelle quali entra qualche altra materia come accessoria. Per esempio, se taluno avesse legato le sue scatole di tartaruga, il legato comprenderebbe quelle che avessero de' cerchi, o lastre d' oro e di argento. *Arg. leg.* 100, § *fin.*, ff. *de leg.* 3. Se taluno ha legati i suoi mobili di legno, il legato non comprende soltanto quelli, che non sono composti che di legno, come le tavole ec., ma quelli de' quali il legno forma la materia principale, sebbene vi entrino anche altre materie: come sono gli armadj ne' quali entrino delle serrature e chiodi di ferro, le sedie sebbene coperte di tappezzerie assai più preziose del legno, che ne forma la materia principale. Ciò però può dipendere dalle circostanze; ma questo legato non comprenderà giammai nè gli specchi, nè i quadri, sebbene contornati di legno, perchè la cornice non ne forma che l' accessorio.

Regola X. Quando il testatore, che fa un legato generale delle cose di una certa specie, esprime che esso le lega colla tal cosa, che ne è accessoria, il legato contiene tanto quelle, che hanno realmente l' accessorio, quanto quelle, che non lo hanno. Per esempio, se taluno ha legato il vino, che si troverà al tempo della sua morte unitamente alle bottiglie nelle quali sarà contenuto, il legato comprende anche il vino contenuto nelle botti, nei tini, ne' palmenti che fanno parte degli edifizj; *l.* 6, § 15, *ff. de trit. vind. leg.* Se alcuno avesse lasciato in legato i suoi cavalli coi loro fornimenti, il legato comprenderebbe anche i cavalli, che non hanno fornimenti.

La ragione si è, che ciò che il te-

statore ha aggiunto rapporto agli accessorj, sembra piuttosto aggiunto colla mira di spiegare o aumentare la sua disposizione, che colla mira di restringerla.

Regola XI. Quando il testatore, col legato generale di un genere di cose, che contiene più specie o generi subalterni, ha enunciata una o due di queste specie, non si presume che abbia egli realmente con questa enunciativa voluto restringere il suo legato a queste specie, ma piuttosto abbia voluto dichiarare, che le specie enunciate erano comprese sotto questo genere, avendo potuto credere, che se ne potesse dubitare; ma se ha fatta un' enunciazione circostanziata di varie specie, si presumerà aver ristretto il legato a queste sole specie, eccettochè non abbia aggiunte queste espressioni, *ed altre*: *Cum species ex abundanti per imperitiam enumerantur, generali legato non derogatur, si tamen species certi numeri demonstratae fuerint, modus generi datus in his speciebus intelligetur*; *l.* 9, *ff. de supell. legat.*

Per esempio, se taluno avesse legato così: Lego i miei mobili di una tal cosa, la biblioteca e l' argenteria che vi si troverà; non si presume, che il testatore abbia limitato il legato generale dei mobili di questa casa alla biblioteca ed all'argenteria: l' enunciazione della biblioteca e dell' argenteria sembra fatta soltanto colla vista di togliere il dubbio, che il testatore pensava poter nascere se queste cose fossero o no comprese sotto il termine generico di mobili di una casa. Ma s' egli ha legato così: Lego i mobili di una tal casa, letti, sedie, tappezzerie, tavole, forzieri, armadj e batteria di cucina; questo lungo dettaglio nel quale è entrato, fa presumere, che egli abbia voluto spiegare tutto ciò, che ha inteso comprendere sotto questo termine generico di mobili di una tal casa, ed il legato non comprenderà altra cosa, che le specie espresse, eccetto che non vi abbia aggiunto un *etc.*

Regola XII. Quando il testatore con un legato generale enuncia certe cose particolari comprese sotto una certa specie particolare, o genere subalterno, se ne deduce, che egli non ha inteso comprendere le altre cose di questa specie particolare o genere subalterno; *l.* 18, § 11, *ff. de inst. vel instr.* Per esempio, se taluno ha legato così: Lego i mobili di una tal casa, ed il dizionario di Morery che vi si ritrova; gli altri libri, sebbene compresi sotto la denominazione generale di mobili, non saranno compresi in questo legato; perchè se avesse inteso comprenderli non avrebbe indicato particolarmente il dizionario di Morery.

Regola XIII. Un legato generale di un genere di cose non contiene punto le cose di questo genere che non appartengono al testatore. Per esempio, se io ho legata la mia terra con tutti i mobili che servano alla sua coltura, si presume, che io abbia legato soltanto quelli che mi appartengono, e non quelli che appartengono ai miei fittajuoli; *l.* 24, *ff. de inst. vel instr.*

Che se nessun mobile di questa terra appartenesse al testatore, in questo caso presumerebbe aver egli legato quelli, che sono di pertinenza de' suoi fittajuoli; *d. l.* 24.

Regola. XIV. Un legato generale non comprende punto le cose comprese sotto questo genere, che sono state acquistate dopo la morte del testatore, sebbene per suo ordine; *l.* 4, *ff. de accr. leg.*

Regola XV. Un legato generale non comprende le cose comprese sotto questo genere, che sono state legate in particolare ad altre persone. Ciò è una conseguenza di questa regola: *In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est*; *l.* 80, *ff. de reg. jur.* Per esempio, se io ho legato a taluno tutti i commestibili, che si troveranno al tempo della mia morte, e che abbia legato ad un altro il vino che si troverà nella mia cantina al tempo della mia morte; sebbene questo vino sia compreso sotto il termine generale di commestibili, non sarà però punto compreso nel legato generale, perchè il testatore ne ha disposto a favore di un altro; *l.* 22, § 1, *ff de trit. vin. legat.*

Osservisi però, che ciò che è com-

preso in una disposizione particolare non è eccettuato dal legato universale, che in quanto la disposizione particolare sia valida; *l. fin. § ff. de aur. leg.*

Regola XVI. Il legato di una determinata rendita vitalizia o di una determinata somma di denaro pagabile una volta tanto, fatto in termini generali, a ciascuna persona compresa sotto un genere determinato, non comprende quelle che si sono mal condotte vero il testatore, nè quelle alle quali il testatore ha legato in particolare. Per esempio, se io ho legata una certa somma a ciascuno de' domestici, che sono al mio servizio, o che vi sono stati per lo passato almeno pel corso di tre anni, un domestico che fosse rimasto al mio servizio pel corso di questo tempo e più, ma che io avessi scacciato, e non avessi più voluto riprendere dappoi, non si riterrebbe compreso in questa disposizione. *Arg. l.* 88, § 11, *ff. de leg.* 2.

Se io avessi legata a ciascuno dei miei domestici una somma, o una rendita vitalizia, quegli tra i miei domestici, al quale avesse in particolare legata qualche altra cosa, non potrà pretendere di essere compreso nel legato generale. Ciò però dipende dalle circostanze; perchè se quegli al quale io ho fatto un legato particolare fosse uno di quelli, che sembra aver meritato una mia maggiore affezione, e che il legato, che gli ho fatto in particolare fosse minore di quello che ho fatto colla disposizione generale a ciascuno de' miei domestici, vi sarebbe luogo a presumere, che io non abbia voluto, col legato particolare, eccettuarlo dal generale; *L.* 19, § 1, *de alim. leg.*

Regola XVII. La raccomandazione particolare di alcune persone comprese sotto una denominazione generale, fatta dopo un legato generale, non limita il legato generale alle sole persone raccomandate. Per esempio, se io ho legato 70 lire di pensione vitalizia a ciascuno de' miei domestici e che dica in appresso: Raccomando a' miei eredi Andrea e Martino che io amo moltissimo, il legato che io ho fatto precedentemente non si riterrà ristretto con questa raccomandazione ai soli Andrea e Martino; *Arg. leg.* 5. *ff. de alim. legat.*

Regola XVIII. Ne' testamenti, come negli altri atti, una disposizione concepita in plurale si divide in varie disposizioni singolari. Per esempio, se io ho legato così: Lego a Pietro ed a Giacomo una tal cosa se si troveranno al mio servizio alla epoca della mia morte; sebbene l' uno di essi abbia abbandonato il servizio del testatore, il legato non cesserà di esser valido a riguardo di colui, che vi sarà rimasto. Questa disposizione equivale a quest' altra: Lego a Pietro la tal cosa, se si troverà al mio servizio alla epoca della mia morte; lego a Giacomo la tal cosa se si troverà al mio servizio all' epoca della mia morte. *Arg. Leg.* 29, § *fin. ff. de leg.* 3, *l.* 2, § 1, *ff. de condit. instit. et l.* 33, § *fin ff. de condictionibus et demonstrat.*

Un altro esempio. Se taluno ha legato così: Nomino Pietro mio legatario universale per una metà, e Paolo per l' altra metà, e vi sostituisco Giacomo dopo la loro morte; è lo stesso come se avesse detto: Sostituisco Giacomo a Pietro dopo la sua morte, o a Paolo dopo la sua morte; *Arg. Leg.* 78, § 7 *ff. ad Senatusconsultum Trebellianum.*

Questa interpretazione dipende però dalle circostanze: perchè il sostituito non conseguirà i beni che dopo la morte dell' ultimo defunto, se vi sono delle circostanze, che facciano conoscere quale sia stata la volontà del testatore, come nel caso della legge 34, *ff. de usuf. leg.*

Regola XIX. Questa espressione *mio erede* significa tutti i miei eredi; *l.* 43, *de leg.* 2; *l.* 98, *ff. de leg.* 3.

Regola XX. Questa espressione, *una tal cosa*, significa questa cosa intera; significa ancora la piena proprietà di questa cosa.

Questa decisione ha luogo quando anche l' usufrutto di questa cosa fosse stato legato ad un altro. E perciò se alcuno avesse legato così: Lego a Pietro la mia casa della *Corne*; lego a Paolo l' usufrutto della mia casa della *Corne*; il legato fatto a Pietro non lascerà di comprendere la piena pro-

prietà di questa causa, ed in conseguenza concorrerà con Paolo nell'usufrutto; *l.* 19, *ff. de usuf. leg.*; *l.* 1, § 17, *ff. ut leg. nom. cav.*

Regola XXI. Ne'testamenti, come negli altri atti, ciò che si trova alla fine della frase si riferisce a tutta la frase, e non a ciò che precede immediatamente; purchè questa finale della frase si riferisca interamente in genere ed in numero a tutta la frase. Per esempio, se alcuno ha legato così: Lego a'miei domestici le mie provvisioni di bocca, ad eccezione delle bottiglie di vino, che sono a Parigi; queste espressioni *che sono a Parigi* non si riferiscono soltanto alle bottiglie di vino, ma a tutta la frase; e per conseguenza il legato comprenderà soltanto le provvisioni di bocca che sono a Parigi, e non quelle che sono altrove. Avverrebbe diversamente se avesse legato così: Lego le mie provvisioni di bocca, ad eccezione del vino *che si trova a Parigi*; perchè questi termini *che si trova a Parigi*, non essendo concordanti nel genere con quest' altre *le mie provvisioni*, non possono riferirvisi, e non restringono per conseguensa i legati alle sole provvisioni che sono a Parigi. *Facit. leg.* 8, *ff. de aur. legat.*

Regola XXII. Il genere mascolino comprende ordinariamente il femminino, ma il femminino non comprende giammai il mascolino. Per esempio, se avendo dei fratelli e delle sorelle, io nomino un estraneo legatario de'miei beni o di qualche cosa particolare, e che lo incarico di restituire dopo la sua morte ciò che io gli lascio *ai miei fratelli*, con questi termini *fratelli*, si reputa che io abbia compreso anche le mie sorelle; *l.* 93, § 3, *ff. de leg.* 3.

Se avendo un solo figlio, io lego così: Istituisco miei legatarj universali mio figlio e gli altri figli che potrò avere in seguito, si ritiene che sotto questo termine di figli io abbia compreso anche le figlie; *l.* 116, *ff. de verb. signif.* Al contrario, se lego alle mie figlie, i miei figli non saranno punto compresi in questo legato; *l.* 45, *ff. de leg.* 2.

Se taluno lascia in legato, i suoi cavalli, i suoi muli, i suoi montoni; le mule, le cavalle, le pecore sono comprese nel legato; *l.* 62, *l.* 5, § 6, *ff. de leg.* 3. Al contrario, se ha lasciato in legato le sue cavalle, le sue pecore; i cavalli, i montoni non vi saranno punto compresi: *Exemplo pessimum est foeminino vocabulo etiam masculos contineri*; *l.* 45, *ff. de leg.* 2.

Regola XXIII. Una disposizione concepita con termini del presente o del passato non si estende a ciò che sopravviene dappoi. Per esempio, se taluno ha legato così: Lego a Pietro ciò che ei mi deve, o ciò che *io gli ho dato a prestito*, il legato non si estende ai nuovi debiti che Pietro avesse contratti verso il testatore posteriormente al testamento; *l.* 28, § 2, *ff. de lib. leg.*

Del resto, basta che la causa del debito esistesse al tempo del testamento, sebbene il dritto non fosse aperto che posteriormente. Per esempio, se io ho legato al mio debitore di una somma che porta interesse, ciò ch' egli mi deve, il legato comprende anche gli interessi decorsi posteriormente al testamento; *l.* 28 § 6; *l.* 31, § 4, *ff. de lib. leg.*

Questa regola soffre eccezione, 1. per riguardo al legato di cose che sono di natura da surrogarsi le une alle altre; perchè questo legato, sebbene concepito con termini del presente o del passato, comprende tutto ciò che si trova al giorno della morte, come sarebbe quando io lego una possessione nello stato nel quale si trova; *l.* 19; *l.* 28, *ff. de inst. vel instrumento legato*; *l.* 28, *ff. qui dies leg.*, un magazzino e le mercanzie che vi si trovano.

2. La regola soffre di una seconda eccezione a riguardo di questa clausula che si trova ne'legati *tanto quanto la legge mi permette di dare.* Perchè sebbene sia essa concepita con termini del presente, tuttavia s'interpreta significare ciò che il testatore può dare al tempo della sua morte. Per esempio, se sotto uno Statuto che non vieta ai conjugi di donarsi per testamento, una moglie avendo de'figli del primo matrimonio al tempo della sua morte, lega in questi termini: Lego a mio marito ciò che le leggi mi permettono di dargli, il legato sarà valido per la totalità, se al tempo della sua morte

essa non si troverà di aver alcun figlio del primo letto. *Arg. leg.* 51, *ff. de leg.* 2.

La ragione di questa eccezione è, che le leggi che vietano di lasciare al di là di una determinata quantità, riferendosi al tempo della morte, deve parimenti riferirvisi la disposizione colla quale il testatore dichiara di sottomettersi a questa legge.

3. Una terza eccezione ha luogo riguardo a questa clausola che si trova in certi legati: Voglio che si dia al tale, e al tale, tutti gli anni, finchè viveranno, ciò che io soglio, o ciò che soleva dare ad essi pe' loro alimenti, regali di uso ec.; questi termini: ciò che io soglio o ciò che soleva, *quae vivis prestabam*, sebbene in termini del tempo presente o del passato, almeno dell' imperfetto, s' intendono di ciò che il testatore avrà usato di dar loro, non al tempo del testamento, ma al tempo che avrà preceduto la morte; *l.* 14, § 2, *ff. de alimentis legatis.*

4. Una quarta eccezione ha luogo a riguardo della clausola di proroga di cui parleremo in seguito.

Regola XXIV. Una disposizione concepita con termini del futuro si riferisce al tempo della morte del testatore. Per esempio, se sotto gli Statuti che lo permettono, io ho legato a mia moglie tutte le gioje che saranno di suo uso, questo legato espresso con termini del futuro comprende tutte quelle, che si troveranno al tempo della mia morte; invece che se io avessi legato tutti i giojelli che sono di suo uso, il legato non comprenderebbe che quelli ch' erano di suo uso al tempo del testamento; *l.* 34, § 1, e 2, *ff. de aur. leg.* Qualche volta per ovviare alle frodi del legatario, si è costretto di restringere un legato, sebbene con termini del futuro, alla quantità che il testatore aveva al tempo del testamento. Per esempio, un droghiere che aveva affidato il suo commercio al suo agente, ha legato a questo agente tutte le mercanzie di una certa specie che si troveranno; questo agente, che aveva cognizione del legato, ha riempiti i magazzini del suo principale di una quantità assai maggiore di mercanzia di questa specie di quella che il suo principale fosse solito di tenere; devesi restringere il legato di queste mercanzie alla quantità che il testatore era solito di tenere al tempo del suo testamento; *l.* 32, § 3, *ff. de leg.* 2; *l.* 34, § 1, *ff. de leg.* 3.

Regola XXV. Una disposizione, la quale, pe' termini con cui è concepita, non esprime nè tempo passato, nè futuro, si riferisce ordinariamente al tempo del testamento. Per esempio, se io ho legato ad alcuno la mia argenteria, il legato non comprende che quella che io possedeva al tempo del mio testamento, e non quella che avessi acquistato dappoi: *Cum dicit argentum meum hac demonstratione meum præsens, non futurum tempus ostendit*; *l.* 7, *ff. de aur. leg.*

Se io ho a taluno lasciato in legato i *Giornali dei Dotti*, di tre anni, si deve intendere che questi giornali sieno quelli de' tre anni anteriori al testamento, e non quelli de' tre anni anteriori alla morte del testatore. *Arg. leg.* 41, § 4, *ff. de legatis* 3, nella quale è detto, che se alcuno ha lasciato un legato di cinque de' suoi schiavi da prendersi fra quelli che sono al di sotto di sette anni, il legato deve intendersi di quelli che erano al di sotto di sette anni al tempo del testamento.

La regola soffre eccezione per riguardo a quelle cose che si surrogano le une alle altre; perchè se questa specie di legato si riferisce al tempo della morte del testatore, sebbene la disposizione sia concepita in termini espressi di tempo presente, e comprenda le cose che si troveranno al tempo della morte, a maggior ragione devesi così decidere allorchè la disposizione non esprime alcun tempo.

ARTICOLO II.

Regole d'interpretazione allorchè due o più disposizioni sono in opposizione fra loro.

Allorchè un testatore ha ordinato due cose in opposizione fra loro, e che ha egualmente perseverato nell'una e nell'altra di queste sue volontà, o che non si possa discernere quale sia quella nella quale ha perseverato o

quale quella a cui ha derogato, l'una e l'altra si distrugge reciprocamente, e non ha alcun effetto: *Ubi pugnantia inter se testamento jubentur, neutrum ratum est*: *l.* 188, *ff. de reg. jur.*

Ciò ch'è scritto in ultimo luogo si presume contenere la volontà nella quale il testatore ha perseverato, e contenere una rivocazione di ciò che egli ha scritto precedentemente in contrario: *In testamentis novissimae scripturae valent*; *l.* 12, § 3, *ff. de leg.* 1.

Questa regola soffrirebbe eccezione per riguardo alla libertà delle istituzioni di erede, le quali non sono punto attualmente in uso.

La regola soffrirebbe un'altra eccezione allorquando il testatore a ciò che avesse ordinato in primo luogo avesse aggiunto una clausula colla quale derogasse a ciò ch' egli potrebbe in seguito ordinare in contrario; perchè in questo caso ciò che il testatore ordinasse di contrario in ultimo luogo, sarebbe di niuno effetto, eccetto che non avesse espressamente derogato alla clausola derogatoria contenuta nella prima disposizione; *l.* 22, *ff. de legatis* 3; *l.* 12, § 3 *ff. de legatis* 1.

Questa eccezione non ha luogo fra noi, perchè l' Ordinanza del 1735, *art.* 16, dichiara nulle e di niun effetto tutte le clausole derogatorie. Per conseguenza ciò che è scritto in ultimo luogo deroga a ciò che è stato scritto in primo luogo, nonostante qualunque clausula derogatoria aggiunta a ciò che è stato scritto in primo luogo, e senza che sia necessario di derogare espressamente a queste clausule derogatorie.

Allorquando un testatore con uno stesso testamento ha legato due o più volte alla stessa persona una stessa somma, si ritiene che egli abbia fatta questa ripetizione per inavvertenza; ed il legatario non può pretendere che una sola volta la somma, eccetto che non provi che la volontà del testatore sia stata quella di moltiplicare il legato; *l.* 34, § 3, *ff. de legatis* 1.

Una tal decisione ha luogo allorchè sono le stesse persone che si trovano gravate della prestazione del legato, o quando il testatore non abbia espresso chi ne è gravato; per esempio, se ha legato così: Lego a Pietro 1,000 lire, e che dopo alcuni altri articoli del suo testamento, abbia aggiunto: Lego a Pietro 1,000 lire. Pietro non potrà pretendere che una sola volta 1,000 lire. Non sarebbe così se il testatore avesse gravati differenti eredi colle sue differenti disposizioni, *puta* se avesse legato così: Mio figlio darà a Pietro la somma di 1,000 lire; e più a basso: Mia figlia darà a Pietro la somma di 1,000 lire; in questo caso il legatario avrebbe diritto di domandare a ciascuno 1,000 lire; *l.* 44, § 1, *ff. de legatis* 2.

Allorquando non collo stesso testamento ma con differenti testamenti o codicilli il testatore ha legato ad alcuno più volte la stessa somma, essa gli sarà più volte dovuta, sebbene ne abbia gravati gli stessi eredi, e che non abbia espresso quale tra essi ne fosse specialmente gravato; *l.* 12, *ff. de probationibus*. La ragione della differenza si è, che essendo trascorso un intervallo di tempo dalla prima disposizione alla seconda, non è necessario di supporre che il legato sia stato ripetuto per inavvertenza, avendo il legatario potuto meritare un nuovo contrassegno di amicizia e di riconoscenza per parte del testatore.

Quando il testatore ha legato con un codicillo posteriore una somma differente da quella che aveva legata con un testamento o codicillo anteriore, si presume ch' egli abbia voluto aumentare o diminuire la somma espressa nel testamento o codicillo anteriore, e non già abbia voluto legare le due somme; *l.* 18, *ff. de alimen. legatis.*

Questa decisione ha luogo quando le due somme sono lasciate in legato alla stessa persona: avverrebbe diversamente se egli avesse lasciato in legato una somma al padre col suo testamento, in appresso col codicillo un'altra somma ai figli, o alla moglie: *l.* 27, *ff. de leg.* 3.

ARTICOLO III.

Regole per l' interpretazione di certe clausole frequenti ne' testamenti.

§ 1. *Della clausola di eccezione.*

Allorchè il testatore ha fatto un le-

gato de'suoi beni o di un certo genere di cose, ad eccezione di alcune di esse, la clausola di eccezione non è valida, se non in quanto si può riconoscere quali sieno le cose che il testatore ha voluto eccettuare. *Arg. leg.* 36, ff. *de leg.* 1.

Quando si riconoscono, essa ha il suo pieno effetto, benchè il legato si trovasse con questa eccezione intieramente assorbito. Per esempio, se un uomo che ha un gran numero di cani, lega ad alcuno tutti i suoi cani, ad eccezione di due, che il suo erede riterrà a sua scelta, e che morendo non ne lasci che due, questi due saranno eccettuati del legato, sebbene non ne rimanga alcun altro: *l.* 65, ff. *de leg.* 1.

§ 2. *Della clausula di proroga.*

Dicesi clausula di proroga una clausola generale colla quale il testatore accorda a'suoi eredi un certo termine pel pagamento de' suoi legati, come allorquando dice: Il mio erede avrà il termine di un anno per soddisfare i legati del presente testamento; oppure: I miei legati saranno pagabili in tre termini di un anno.

Questa clausula non comprende che i legati di una somma di denaro, o di una certa quantità, come tanto di grano, tanto di vino, e non i legati de' corpi determinati; *l.* 30, *in prin. et* § 6, *ff. de leg.* 1.

Essa non comprende, che i legati, che sono fatti senza termine e senza condizione; perchè quelli che il testatore ha fatti sotto un certo termine, o sotto una certa condizione, sono pagabili al tempo di questo termine o di questa condizione; *d. l.* 30 § 3, 4 *e seg.* Il termine particolare che loro è assegnato deroga al termine generale accordato pel pagamento de'legati, secondo la massima, *generi per speciem derogatur.*

Questa clausola non comprende neppure i legati che il testatore ha dichiarato espressamente dover essere soddisfatti immantinente dopo la sua morte, *presenti die*; *d. l.* 30, § 2.

Essa non comprende nemmeno i legati fatti ad un creditore di ciò, che gli è dovuto, i quali non contengono altro vantaggio pel legatario, che l'anticipazione del pagamento, e che sarebbero interamente inutili se fossero pagabili alla scadenza del termine accordato dalla clausola generale; *l.* 4, *ff. de dot. praeleg.*

Questa clausula, sebbene concepita con termini di tempo passato, comprende non solo i legati che il testatore ha già fatti; ma quelli ancora che farà in appresso sia nello stesso testamento, sia con codicilli posteriori; *l.* 30, § *fin.*, *et l.* 31, *ff. de leg.* 1.

Osservate, sul senso di questa clausola, che allorchè si dice, che i legati saranno pagati in tre rate da anno in anno, deve intendersi in pagamenti eguali, eccetto che il testatore non abbia dichiarato il contrario; L. 3, *in prin. et* § 1, ff. *de ann. legat.*

Che se il testatore ha detto, che l'erede potrebbe pagarli in tre rate ineguali, senza esprimere di quanto dovesse essere ciascun pagamento, il giudice lo stabilirà avuto riguardo allo stato della successione; *d. l.* 3, § 2.

§ 3. *Della clausola di ripetizione.*

La clausola di ripetizione è una clausolá colla quale il testatore ripete, a profitto di alcuno, il legato di una somma o di una cosa che gli è stato già fatto, o ch'egli ha fatto ad un altro.

Questa clausula si esprime co' seguenti termini: *Più di ciò, hoc amplius*, o con questi altri, *oltre ed in aggiunta.* Per esempio, taluno ha legato così: Lego a Pietro una tale possessione, ed a Paolo, *oltre ed in aggiunta* a ciò la somma di 100 doppie; si reputa che con questi termini abbia ripetuto a profitto di Paolo il legato della possessione, che aveva fatto a Pietro; e per conseguenza Pietro e Paolo concorreranno al legato di questa possessione; *l.* 13, ff. *de leg.* 3.

Questa clausola ha qualche volta l' effetto di render valido un legato che era nullo, *legata inutiliter data Papinianus putat confirmari per repetitionem*; *l.* 19, ff. *de leg.* 1. Per esempio, io aveva legato col mio testamento a Pietro un fondo che io ignorava appartenergli; il legato è nullo.

Pietro avendolo in seguito venduto; io mi esprimo così con un codicillo: Lego a Pietro cento doppie di più di quello, che gli aveva legato: questi termini *di più di quello* contengono una ripetizione del legato del fondo fatto col testamento; e questo legato che era nullo, diviene valido per la ripetizione, perchè al tempo del codicillo che lo contiene, più non appartenendo il fondo al legatario, ha potuto essergli validamente lasciato in legato.

Questa clausola è qualche volta generale, per esempio, quando il testatore si esprime così con un codicillo: Lego a ciascuno de' miei legatarj, oltre ed in aggiunta di quello che loro ho di già legato, la somma di tanto.

§ 4. *Della clausola dell'aumento del legato.*

Quando un testatore con un codicillo dichiara, ch'egli lega a tutti i suoi legatarj altrettanto di ciò, che ha loro di già legato, è evidente, che questa clausola non comprende che i legati di somme di denaro, o di quantità, come tanto di vino, tanto di grano ec., e non i legati di corpi determinati.

Essa non comprende neppure quei legati co'quali il testatore non ha fatto altro, che ordinare la restituzione di ciò che doveva avanti il termine; *l.* 88, § 7, ff. *de leg.* 2.

Si agita questione su l' effetto di questa clausola, se, allorquando uno de'legati era gravato di pesi, si dovesse duplicare la somma intera o soltanto quella, che rimane dedotti i pesi. La legge 18, § 3, ff. *de alim. leg.* sembra decidere, che si debba duplicare l' intera somma; ciò deve moltissimo dipendere dalle circostanze.

ARTICOLO XV.

Regole per l'interpretazione dei differenti nomi usati da'testatori per indicare le cose che lasciano in legato.

§ 1. *Interpretazione di alcuni nomi per riguardo ai legati d'immobili.*

Se io ho lasciato in legato *le mie case d' Orleans*, il legato comprende quelle che ho ne' sobborghi; *l.* 41, § 6, ff. *de leg.* 3.

Che se io avessi legato le case che posseggo nella città, vi sarebbe luogo a sostenere, che quelle de'sobborghi non vi sono comprese, purchè ve ne sieno almeno due nella città alle quali possa riferirsi quell'espressione. Questa decisione è fondata sulla legge 2, ff. *de v. s.* che dice: *Urbis appellatio muris Romae continentibus aedificiis finitur.* Quando dicesi la città semplicemente, sembra che ciò si dica in opposizione ai sobborghi.

Che se io non avessi detto semplicemente, che ho nella città, ma che ho nella città di Orleans, si potrebbe forse sostenere, che quelle dei sobborghi vi sieno comprese. *Arg. l.* 4, § 4, ff. *de pen. leg.* che dice *Romam continentibus (finiri) et Urbem Romam aeque continentibus.*

Se io ho lasciato in legato i miei beni di città, le mie case di città, penso che quelle de' sobborghi vi sieno comprese, perchè case di città si dicono per opposizione alle case di campagna, e comprendono quelle dei sobborghi.

§ 2. *Del legato de'beni mobili, e del legato de' mobili.*

Quando io lego i miei beni mobili, o i miei effetti mobiliari, questo legato comprende tutte le cose mobiliari, tanto incorporali, che corporali, e generalmente tutto ciò, che non è punto immobile.

Ma quando io lego i miei mobili, il legato non comprende, che le cose che servono ad ammobigliare le mie case, sia di città sia di campagna; le mercanzie, il denaro contante, i biglietti ad ordine non vi sono compresi.

§ 3. *Del legato di una terra co'mobili che servono alla sua coltivazione.*

Quando io ho legata una terra, che io stesso coltivava, co'mobili che *servono alla sua cultura, fundum cum instrumento*, questo legato comprende tutte le cose che servono a fare produrre i frutti, a raccoglierli, a con-

servarli, *ea quae fructus cogendi, quaerendi et conservandi gratia parata sunt*; *l.* 8, *de instrut. vel inst. leg.*; come sono i bestiami che servono a ingrassare le terre; i buoi ed i cavalli che servono a lavorarle, o a trasportarne gl'ingrassi ed i frutti; gli aratri, le carrette, gli erpici, e qualunque altro istrumento aratorio; i tini, le botti, i vagli, i crivelli ec.

Questo legato comprende ancora le provvisioni pel mantenimento dei famigli e servi impiegati per la coltivazione delle terre; le pignatte ed altri utensili di cucina, i mobili di loro uso; *l.* 12, *l.* 18, § 3 *e* 9, *ff. de instr. vel instrum. legat.*

Ma questo legato non comprende ciò che si trova nella terra ad uso della persona del padre di famiglia. *Supellex caeteraque, si que in agro fuerunt quo instructior esset paterfamilias, instrumento fundi non continentur*; *l.* 12, § 15.

§ 4. *Del legato di una terra, o di una casa mobiliata.*

Quando io lego una terra mobiliata *fundum ut instructus est*, il legato comprende non solo i mobili che servono alla coltivazione delle possessioni, ma comprende ancora tutti i mobili che servono ad ammobiliare l'abitazione, e generalmente tutto ciò, che vi si trova ad uso del padre di famiglia: *hoc legato, non agri instrumentum, sed proprium suum instrumentum reliquisse videtur*; *l.* 12, § 27, *de instruct. vel instrum. Instructo continebuntur quas ibi habuit ut instructior esset*; *d.* §.

Questo legato comprende adunque, al pari del legato di una casa mobigliata, non solo i mobili di case che servono ad ammobiliare un appartamento, come i letti, canapè, sedie, tappezzerie, quadri, tavole, scrittoj, armadj, piatteria ed utensili di cucina; esso comprende ancora, l'argenteria, la biancheria di tavola, le lenzuola, la guardaroba, le carrozze, i cavalli, le provvisioni di vitto tanto per la tavola del padre di famiglia, che per quella de'suoi domestici, tanto di quelli che sono impiegati presso la sua persona, che di coloro che sono impiegati ne' lavori della campagna, e pel nutrimento degli animali, tanto di quelli che servono per la sua persona, come di quelli che servono alla coltivazione delle terre, come sono le provvisioni di grano, avena, paglia, fieno, vino, aceto, sale, liquori, frutti, ec. *Si fundus sit instructus, legatus et supellex continebitur, et vestis non solum stragula, sed et quid ibi uti solebat . . . . . Aurum et argentum, vina quoque, si quae ibi fuerint usus ipsius causa, et si quid aliud utensilium*; *d. l.* 12, § 28.

I libri sono pure compresi nel legato di una terra mobigliata, sebbene alcuni giureconsulti ne abbiano dubitato; *d. l* 12, § 34 e 43.

Ma le biade, i vini, i fieni, ed altri frutti che non erano destinati alla provvista del padre di famiglia, ma ad esser venduti, non sono punto compresi in questo legato: *fructus ibi repositos ut venerint, instructo non contineri*; *d. l.* 12, § 30.

Le cose che sono come in riserva, e che non servono nè a mobiliare gli appartamenti, nè all'uso del padre di famiglia, non sono nemmeno comprese in questo legato: *imagines hae solae videntur quae in aliquo ornatu villae fuerunt, sed si qua eo congesserat non usus sui causa, sed custodiae gratiaei non continebuntur*; *d. l.* 12, § 36, e 29.

Le cose stesse che servono all'uso del padre di famiglia non sono comprese in questo legato, se non quando vi si trovano per esservi consumate o per rimanervi stabilmente, e non quelle che vi sono trasportate per rimanervi soltanto nel tempo di un soggiorno momentaneo che ivi fa il padre di famiglia: *fundo sicut instructus est legato, omnia quae vel ut ipse paterfamilias cum ibi ageret, vel ut fundus esset instructus, non temporis causa in eo habuit, relicta esse juris auctoritate definitum est*; *l.* 2, *Cod. de v. s.*

Per conseguenza ciò che abbiamo detto, cioè che l'argenteria, la guardaroba ed altre cose che servono all' uso del padre di famiglia, erano comprese nel legato della terra come ritrovasi mobiliata, non deve intendersi, che delle cose di questa specie che si trovano in questa terra per rimanervi stabilmente, e non di quelle, che vi sono trasportate per rimanervi soltanto nel tempo di un soggiorno

momentaneo, che il padre di famiglia vi fa, e che si asportano nuovamente quand' egli se ne parte.

§ 5. *Del legato delle cose che si trovano in un dato luogo.*

Quando il testatore ha legata la sua terra, la sua casa, e tutto ciò che vi si trova, il legato comprende le cose che vi si trovano per rimanervi stabilmente.

Quelle che vi si trovano per rimanervi vi sono comprese, sebbene al tempo della morte del testatore non vi si trovassero, avendole il testatore spedite altrove coll' intenzione di farvele nuovamente ritornare; ed al contrario quelle che si trovassero al tempo della morte non vi sono comprese, se esse non vi si trovavano per rimanervi, ma soltanto per un dato tempo; *rebus quae in fundo sunt legatis accedunt etiam ea quae non sunt, si esse solent; nec quae casu ibi fuerint legata existimantur*; *l.* 78, § 7, *ff. de leg.* 3. Per esempio, se un testatore che ha legata una data terra, o una data casa, e ciò che vi si ritrova, avesse dato a prestito alcuni libri o qualche altra cosa che soleva rimanere nella sua casa, o l' avesse posta in deposito in tempo di un viaggio, o data in pegno, in modo che la cosa non si ritrovasse al tempo della sua morte in questa casa; questa cosa non lascerà di esser compresa nel legato, come lo decide ottimamente Labeone contro il sentimento d' Alfino; *l.* 39, § 1, *ff. de aur. leg.*

Vice-versa, le cose che si troveranno in quella terra, o in quella casa al tempo della scadenza del legato, non saranno comprese nel legato, se esse non vi si troveranno per rimanervi stabilmente; per esempio, i bestiami di un' altra terra che si trovavano in quest' altra per rimanervi temporaneamente.

Secondo lo stesso principio, le cose che il testatore avea in questa terra, o in questa cosa, all' oggetto di venderle quando gli si presentasse la occasione favorevole, come sono le granaglie, i vini delle sue raccolte, ad eccezione di ciò ch' egli soleva riservare per la sua provvista, non sono comprese in questo legato; *l.* 32, § 2 e 3, *ff. de usuf. leg.*

Per la stessa ragione, il denaro contante che vi si trova non è punto compreso nel legato, perchè non vi si trovava che per uscirne a misura, che il testatore avrebbe occasione di adoperarlo; *l.* 41, § 6; *l.* 44; *l.* 92, § 1, *ff. de leg.* 3.

Per riguardo ai crediti attivi, i di cui viglietti o cedole si fossero trovati nella casa, è evidente ch' essi non sono punto compresi in questo legato, perchè questi biglietti e cedole non ne sono che il documento; queste cose sono in se stesse qualche cosa d' incorporale, che non può esistere in alcun luogo determinato; *l.* 18, § *fin.*, *ff. de inst. vel istrumen.*; *d. l.* 41, § 6.

§ 6. *Del legato dell' argenteria.*

Quando un testatore ha legato ad alcuno la sua argenteria, se, come io credo, il nostro termine francese *argenteria* corrisponde a quello d' *argentum factum*, questo legato comprende soltanto il vasellame di argento; *Q. Marcus scribit argentum factum, vas argenteum videri esse*; *l.* 27, *ff. de aur. leg.*; vale a dire tutto ciò che serve per tavola, piatti, piattelli, cucchiaj, forchette, coltelli, bacile, saliere, candellieri, scaldavivande ec.

Gli altri mobili d' argento non vi sono compresi, come una tavola di argento, una lampada d' argento, dei piccioli braccialetti d' argento, delle statue d'argento: *Lectum argenteum vel si qua alia argentea supellex fuit, argenti appellatione non continetur, si numero argenti habita non est, nec candelabra, vel sigilla quae in domo reposita sunt*; *l.* 19, § 8, *ff. de aur. leg.*

Tutto ciò che fa parte delle gioje, o della *toillette*, sebbene d' argento, non è neppur compreso sotto il termine d' argenteria, molto meno le medaglie d' argento monetato: *argentum factum recte quis definierit quod nec in massa, nec in lamina, ne in signato, nec in supellectili, nec in mundo, nec in ornamentis insit*; *d. l.* 27, 6.

Se apparisse però, che il testatore abbia ritenuto comprese nella sua argenteria alcune di quelle, che noi abbiamo detto non esservi comprese, esse vi si comprenderanno; e perciò la legge sopraccitata dice *si numero argenti habita non est*.

§ 7. *Del legato della guardaroba, della* toilette, *delle gioje.*

Quando una persona lascia in legato la sua guardaroba, questo legato comprende tutto ciò che serve a vestirci; cioè ogni sorta di vestimento tanto pel giorno che per la notte; le camice come i vestimenti esteriori; ciò che serve pel calzamento e per l'acconciatura della testa; nel che il legato della guardaroba ha maggiore estensione fra noi di quello che lo fosse il legato *vestimentorum*, che non comprendeva la calzatura; *l.* 25, § 4, *ff. de aur. leg.*

I guanti, i manichini, i mantelli, gli ombrelli, i parasoli, sembrano dovervi essere parimenti compresi.

Il legato della guardaroba comprende non solo gli abiti ordinarj, ma gli abiti di maschera: *Vestis appellatione et scenica continetur*; *l.* 127, *ff. de verb. sign.*; e gli abiti di cerimonia, come una toga rossa, una pelliccia; gli abiti di coro di un ecclesiastico, come la mozzetta.

Esso non comprende le pietre preziose, gli anelli, gli orecchini, le collane, i braccialetti, gli ornamenti di testa ed altre cose simili che servono più ad ornare, che a vestire. Nè comprende neppure le pianete, i camici, ec. facendo queste cose parte piuttosto della cappella che della guardaroba.

Nemmeno la *toilette* fa parte del legato della guardaroba; le cose che compongono la *toilette* (di una donna formano una specie particolare di mobili, che può corrispondere a ciò che i Romani appellavano *mundus muliebris, de quo vide titulo de aur. leg.*, *art.* 2. Si conosce bastantemente ciò che compone e fa parte della *toilette* delle donne, e non occorre di farne l'enumerazione.

Le gioje costituiscono pure una specie particolare di mobili; essa ha maggior estensione che l' *ornamenta muliebria* presso i Romani; perchè il legato che fa una femmina delle sue gioje non comprende soltanto le cose che servono al suo ornamento, come sono le collane, pendenti d' orecchio, braccialetti, anelli, pietre preziose, ornamenti di testa, fettucce ec., ma ancora gli orologi, tabacchiere, picciole scatole, borse, piccole statue; esso non deve comprendere ciò che fa parte della *toilette*; perchè questa comprende una specie particolare.

Anche un uomo può lasciare in legato le sue gioje.

§ 8. *Del legato delle provvisioni di famiglia o di casa.*

Questo legato ha rapporto con quello di cui fu trattato al titolo del digesto *de penu legata*; esso comprende tutte le provvisioni che il testatore avea tanto per suo uso, che per quello dei suoi domestici, pe' suoi cavalli, ed altri animali che può avere al suo servizio; come il grano, il vino, l'aceto, l' olio, il sale, il fieno, l'avena, la paglia, lo zucchero, le droghe, *et passim tit. de penu legata.*

Le legna, il carbone, le candele, la cera vi sono pure comprese; *l.* 3, § 9, *ff. de penu legata.* Alcuni giureconsulti però ne avevano dubitato, perchè si definisce ordinariamente *penus, quae esui potuique sunt.*

I vini ed altri liquidi, che non possono stare che ne' barili o botti che li rinchiudono, importano seco loro i barili e le botti in cui sono rinchiusi; *l.* 4, *ff. de pen. leg.*

Le cassette, scatole, panieri che contengono le altre provvisioni non sono punto comprese in questo legato, e molto meno gli utensili di cucina; *l.* 3, § 11; *l.* 6, *ff. d. tit.*

Questo legato comprende non solo le cose trovate nella casa del testatore in tempo della sua morte, ma anche quelle ch' egli avea altrove, e che erano però destinate per la sua provvista; *l.* 4, § 5; *l.* 7, *ff. d. tit.*

Quando il testatore si serviva per suo uso del grano, vino, ed altre simile mercanzie, ch'egli teneva per vendere, senza aver separato ciò che destinava da vendere, si deve prendere sulla totalità quella quantità che egli era solito consumare in un anno per la sua casa; *d. l.* 4, § 2.

Si noti inoltre, che questo legato non comprende le provviste pe' servitori ed animali impiegati nella coltivazione delle terre del padre di famiglia, ma soltanto di quelli impiegati al servizio della sua persona; *l.* 3, § 6 e 7, *ff. d. l.*

§ 9. *Del legato de' mobili di casa*, o mobiglia.

I mobili di casa o mobiglia hanno

rapporto con ciò che i Romani chiamavano *suppellex*; per ciò quando taluno ha lasciati in legato i suoi mobili di casa, la sua mobiglia, o anche semplicemente i suoi mobili, io penso che questo legato comprenda tutto ciò che è necessario a guernire una casa per l' uso ordinario del padre di famiglia, ad eccezione delle cose, che appartengono a qualche altro genere particolare di mobili: *Supellectilis eas res esse puto quae ad usum communem patris familiae paratae essent, quae nomen sui generis separatum non haberent; l. 6, ff. de supell. leg.*

Questo legato deve comprendere per conseguenza letti, sedie, canapè, tappezzerie, tappeti, specchi, tavole, scrittoj, armadj, fanali, utensili di cucina, vasellame di stagno o di majolica, porcellana, cristalli da tavola, biancheria da tavola; *l.* 3, *in princ.*, § 1, 3, 4, 5, *ff. dict. tit.*

L' argenteria, le provvisioni di famiglia, la guardaroba, la *toilette*, le gioje non vi sono punto comprese; perchè queste cose sono altri generi particolari di mobili; *l.* 1; *l.* 7, § 1, *ff. dict. tit.*

La biblioteca non vi è punto compresa; *l.* 3, § 2.

I cavalli ed equipaggi, ed altri animali, non sono neppur compresi in questo legato; *l.* 2, *dict. tit.*; nè tutto ciò che serve pe' viaggi, come le valige, bauli, ec.

§ 10. *Del legato di una determinata somma per ciascun anno.*

Quando il testatore ha legato a taluno una certa somma di danaro per ciascun anno, sua vita durante, secondo le leggi romane questa disposizione contiene tanti legati quante sono le somme che devono esser pagate per ciascun anno durante la vita del legatario, il primo de' quali scade al tempo della morte del testatore, e gli altri successivi al principio di ciascun anno, dopo spirato il precedente; in modo che basta che il legatario abbia vissuto il primo giorno per trasmettere nella sua eredità il dritto al legato dell' intera somma che deve esser pagata per quell' anno: *Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus plura legata esse ait, et primi anni purum, sequentium conditionale si vivat; l. 4, ff. de an. leg. Sed utrum initio cujusque anni an finito anno cedat ... Labeo et Sabinus ... in omnibus quae in annos singulos relinquuntur, hoc probaverunt, ut initio cujusque anni hujus legati dies cederet*; *l.* 12, § 1, *ff. qu. dies leg. ced.*

Io non credo che questa decisione sia seguita fra noi; e quando un testatore ha legato ad alcuno una determinata somma per ciascun anno, questo legato costituisce il legato di una pensione vitalizia, che si divide in tante parti quanti sono i giorni di ciascun anno, e che scade ciascun giorno; per conseguenza, se il legatario muore, non trasmette il diritto di questa pensione agli eredi che per la somma, che ne è decorsa fin al giorno della sua morte.

Quando il testatore ha legata una determinata somma per ciascun anno per un certo numero definito di anni, per esempio per dieci anni, si ritiene, che il testatore non abbia fatto che un solo legato diviso in varj pagamenti parziali d' anno in anno per comodo del gravato; per conseguenza se il legatario muore entro questo termine, trasmette ai suoi eredi il dritto all' intera somma che doveva esser pagata entro questo tempo. Non sarebbe così se il testatore avesse dichiarato ch' egli gli legava queste somme pe' suoi alimenti, o che apparisse dalle circostanze che tale era la volontà del testatore; *l.* 20; *l.* 26, § 2, *ff. qu. dies leg. cedat.* E perciò in questo caso il legatario non trasmetterà nella sua successione, se non ciò che sarà decorso fino al giorno della sua morte.

Quando si è legato a taluno una somma finchè vivrà, senza aggiungere, che ciò fosse per ciascun anno, si può dubitare se sia di una sola somma pagabile una volta, che il testatore ha inteso parlare, come aveva opinato Labeone, o di una rendita vitalizia di questa somma; è più probabile che sia d' una rendita vitalizia; questi termini finchè vivrà, *donec vivat*, ci presentano questo senso; *l.* 17, *ff. de ann. leg.*

Fine del Trattato de' Testamenti.

INDICE

DELLE MATERIE CONTENUTE

NEL TRATTATO

DEI TESTAMENTI

SEZIONE PRIMA.

SEZ. II.

SEZ. III.

CAP. IV.

CAP. V.

SEZIONE PRIMA.

SEZ. II.

SEZ. III.

CAP. VI

SEZIONE PRIMA.

SEZ. II.

SEZ. III.

SEZ. IV.

SEZ. V.

CAP. VII.

SEZIONE PRIMA.

Fine dell' Indice del Trattato de' Testamenti.

TRATTATO

DELLE

DONAZIONI TRA VIVI.

ARTICOLO PRELIMINARE

Noi non ammettiamo nel diritto francese senonchè due forme di disporre de' nostri beni a titolo gratuito, cioè la donazione tra vivi, e quella per testamento. (Ordinanza del 1731, *art.* 3.)

La donazione tra vivi è un atto in forza del quale una persona per effetto di liberalità, si priva irrevocabilmente di qualche cosa a favore di un' altra persona che l' accetta.

Le donazioni tra vivi sono o dirette, o fedecommissarie; sono dirette allorchè si fanno senza l'interposizione di una terza persona; sono fedecommissarie, allorchè sono fatte coll' interposizione di un primo donatario, il quale è incaricato di restituire le cose donate al secondo. Noi abbiamo parlato di quest' ultima specie nel *Trattato delle Sostituzioni*.

La donazione tra vivi è propria del diritto delle genti; le nostre leggi civili l' hanno assoggettata a certe forme. Noi tratteremo: 1°. Delle persone che possono disporre; a favor di chi si può disporre; e delle cose che possono essere donate; 2°. Delle forme delle donazioni tra vivi, e con quali atti esse deggiono esser fatte; 2°. Dell' effetto delle donazioni tra vivi e de' casi ne' quali esse possono essere rivocate, o soffrire modificazioni.

SEZIONE PRIMA.

Delle persone che possono disporre; a favore di chi si può disporre; delle cose che possono esser donate.

ARTICOLO PRIMO

Delle persone che possono disporre tra vivi.

La donazione tra vivi essendo di diritto delle genti, ne segue che le persone che godono del diritto delle genti, benchè non godano del diritto civile, possono disporre tra vivi: perciò i forestieri possono disporre tra vivi, sebbene non possano farlo col testamento. La ragione di tale differenza si è, che il testamento appartiene totalmente al diritto civile; quindi la facoltà di testare può appar-

tenere soltanto ai cittadini, pe' quali la legge civile è fatta; in vece che la donazione fra vivi, essendo una convenzione, essa è propria, come l'abbiamo detto, del diritto delle genti, al quale partecipano i forestieri.

I religiosi non possono dare cosa alcuna, non già perchè sieno privati dei diritti civili, ma perchè non potendo possedere cos'alcuna, nulla hanno da poter disporre. Quelli i quali, essendo fuori del chiostro, hanno un peculio, possono disporre per donazione tra vivi degli effetti del loro peculio.

Le donne maritate non potendo fare cosa alcuna, se non sono autorizzate da' loro mariti, esse non possono senza il loro speciale consenso far donazione tra vivi; ma possono farlo colla loro autorizzazione.

I minori di 25 anni non possono far donazione tra vivi, perchè la legge civile, a cagione della loro età, li priva della facoltà di disporre de' loro beni.

Se sono emancipati, potranno fare donazione tra vivi degli effetti mobiliari, perchè l'emancipazione dà loro il diritto di disporre di queste sorta di cose; ma non potranno disporre di alcun immobile, essendo loro interdetta qualunque alienazione de' loro immobili.

Egli è evidente, che i pazzi non possono donare, perchè la donazione racchiude un consenso, di cui essi non sono capaci. Ciò ha luogo benchè il pazzo non sia stato interdetto in virtù di una sentenza all'epoca della donazione, ch'egli avrà fatta; ma in questo caso spetta a quelli, che la impugneranno, a giustificare che al tempo della donazione il donatore non aveva l'uso della ragione.

Non così pel prodigo; questi non è per sè stesso incapace di disporre, giacchè avendo l'uso della ragione è capace di consenso; soltanto la sentenza del giudice privandolo dell'amministrazione e dell'alienazione dei suoi beni, lo rende incapace di donare; dal che segue, che le donazioni da esso fatte prima di questa sentenza, benchè meritasse allora l'interdizione, sono valide.

Se un interdetto per causa di demenza avesse ricuperata la ragione, ed avesse indi fatta una donazione, prima però d'esserne stato rilevato in forza di sentenza, la donazione sarà ella valida? Ricard risponde affermativamente. La legge prima, ff. *de curat. furios.*, sembra autorizzare il suo sentimento; perchè parlando dei dementi e de' furiosi dice: *Tamdiu erunt ambo in curatione quamdiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit. Quod si evenerit, ipso jure desinunt esse in potestate curatorum.* Dalle parole *ipso jure*, esso ne induce che l'interdetto, che ha ricuperata la ragione, ricuperi di pieno diritto, e senza che sia necessaria una sentenza del giudice, la facoltà di disporre de' suoi beni, ed in conseguenza crede che il donatario possa aver diritto alla donazione che gli è stata fatta, giustificando che il donatore all'epoca della donazione aveva ricuperata la ragione. Io reputo pericolosa cosa l'ammettere in questo caso un donatario alla prova di un simil fatto; e credo che il donante, che si pretende aver ricuperata la ragione, debba rimanere sotto la interdizione finchè questa non sia rivocata. In ciò egli non soffre alcun torto, poichè dipendendo da lui solo il far comprovare al giudice il ritorno della sua ragione, egli deve imputare a sè stesso se non l'ha fatto. Quanto alla legge prima, ff. *de curat. furios.*, in cui dicesi, *ipso jure desinunt esse in curatione*, Wissembach *an hoc titulum*, osserva che ciò deve intendersi con questa restrizione, *ita tamen ut prius judici de recepta mentis sanitate, aut sanis moribus, constare fecerit.*

Un sordo e muto, che non sa scrivere, non può dare segni certi della sua volontà; dal che segue ch'egli è nel caso della interdizione, e per conseguenza non può far donazione fra vivi. La cosa è altrimenti riguardo a colui che sa scrivere.

Un ammalato non può far donazione tra vivi dal momento che la sua malattia, che lo porta a morte, viene dichiarata mortale. Gli Statuti di Parigi, *art.* 277, e di Orleans, *art.* 297, così dispongono. Essi dicono che *qualunque donazione, benchè*

fatta tra vivi, e da persone giacenti in letto attaccate da malattia che le porta a morte, è riputata fatta a causa di morte, e per testamento, e non tra vivi.

La ragione di queste disposizioni si è, che le donazioni fatte da persone che si trovano in questo stato, non possono più avere il carattere di liberalità propria delle donazioni tra vivi, il quale consiste nel preferire per le cose donate il donatario a se stesso: *Qui inter vivos donat mavult donatarium habere quam se.* Esse hanno soltanto quello delle donazioni in causa di morte, il quale consiste nel preferire il donatario non già a se stesso, ma a qualunque altro: *Qui donat mortis causa, mavult se habere quam donatarium, donatarium autem magis quam suum haeredem.* In fatti non si può dire, propriamente parlando, che un donatore, il quale si vede al termine de' suoi giorni, preferisca il donatario a sè stesso, allorchè dispone di una cosa, ch'egli non può più conservare, e che gli sarà dalla morte involata.

Queste disposizioni di Statuti avranno esse luogo, se il donatore ha espressamente dichiarato, nell' atto di donazione ch'egli vuole, che la donazione abbia il medesimo effetto come s' egli avesse disposto in istato di ottima salute, e ch' egli aveva volontà di donare quando anche potesse calcolare sopra una lunga esistenza? Bisogna dire, che tale donazione sarà sempre in causa di morte, perchè una persona s' inganna essa stessa, quando si trova in questo stato; e benchè in quel punto pensi che disporrebbe egualmente se si trovasse in perfetta sanità, non ne segue perciò, che avrebbe la stessa volontà, se vi si trovasse effettivamente. Qualunque sieno le proteste del donatore, egli non può essere riputato preferire il donatario a se stesso in una cosa ch'egli non può più conservare, e per conseguenza la sua donazione non può più avere il carattere di donazione tra vivi, nè essere una vera donazione tra vivi, qualunque sieno i termini, con cui sia concepita.} Tale sembra essere lo spirito del nostro Statuto, il quale su questo punto è differente dal diritto romano, secondo il quale un moribondo poteva far donazione tra vivi: *Ita ut moriens magis quam mortis causa donasse videretur.*

Segue da questi principj, che affinchè le disposizioni degli Statuti abbiano luogo, bisogna, che concorrano due cose riguardo alla malattia, ed al tempo in cui la donazione è stata fatta. 1°. Fa d' uopo che nel tempo, in cui la donazione è stata fatta, la malattia venga dichiarata mortale.

Che se la donazione è stata fatta nel principio di una malattia, la quale non sembrava pericolosa, benchè tale essendo indi divenuta lo abbia fatto soccombere, la donazione non sarà riputata fatta in causa di morte, giacchè è stata fatta in un tempo, in cui il donante non credeva morire.

2°. Non basta che la malattia sia all' epoca della donazione dichiarata mortale; bisogna di più che essa conduca ad una prossima morte. Che se la malattia all'epoca della donazione fosse mortale di sua natura, ma non annunziasse una morte vicina, nè impedisse il donatore di poter sperare ancora molti anni di vita, come sarebbe una malattia polmonare, la quale non sia ancora giunta ad un certo periodo, in questo caso la donazione non sarà riputata in causa di morte; perchè non si può dire, che il donatore abbia fatta donazione soltanto perchè non poteva più conservare la cosa donata.

Alcuni Statuti determinano un tempo nel quale bisogna che la morte sia sopraggiunta, affinchè la malattia sia riputata aver annunziata la morte, e che la donazione sia per conseguenza stimata in causa di morte. Per esempio, secondo lo Statuto di Normandia, bisogna che il donatore sia morto nel termine di quaranta giorni; secondo quello di Montargis, fa d'uopo che sia morto nel termine di trenta. Questi Statuti deggiono essere ristretti alle loro giurisdizioni; ma per quelli che non hanno determinato il tempo, com' è quello di Parigi, si lascia all'arbitrio del giudice, il quale deve giudicar dalle circostanze, non che dal tempo che il donatore ha vissuto dopo la sua donazione, se la malattia annunziava una prossima morte.

In questa varietà di Statuti, di cui gli uni fissano il termine a trenta, gli altri a quaranta giorni, ed altri lo lasciano all' arbitrio del giudice, quello nella cui giurisdizione i beni sono situati, deve decidere; perchè quegli Statuti che non hanno per oggetto lo stato della persona, ma il diritto o il modo di disporre delle cose, sono Statuti reali che esercitano il loro impero sopra tutte le cose situate nel loro territorio, e non su le altre, secondo la natura degli Statuti reali.

Se le cose donate fossero effetti mobiliarj, o rendite costituite, siccome queste cose non hanno situazione, in tal caso lo Statuto che regola la persona del donatore, cioè quello del suo domicilio, dovrà decidere.

Gli Statuti di Parigi e di Orleans parlando di *persone giacenti in letto*, la donazione sarà ella forse riputata in causa di morte, perchè il donatore all' epoca della sua donazione era seduto sulla sua sedia, se d' altronde fin da quel tempo la malattia annunziava una prossima morte? Non v' ha dubbio, che sarà riputata fatta in causa di morte, perchè la ragione dello Statuto è fondata sull' apparenza di una prossima morte, e non sopra la circostanza, se il donante era giacente in letto, o no; questa circostanza essendo per se stessa molto indifferente alla ragione della legge. Se lo Statuto l'ha espressa, lo ha fatto soltanto per esprimere la gravezza della malattia che lo Statuto esigeva, e non come una condizione della sua disposizione che dovesse essere letteralmente osservata. Vi sono certe malattie che non permettono all' ammalato di stare in letto, come, per esempio, l' idropisia. Certamente la donazione fatta da un idropico negli ultimi periodi della sua malattia, e pochi giorni prima della sua morte, sarà riputata in causa di morte, malgrado, che il donante fosse seduto sulla sedia.

Offre maggiore difficoltà la seguente questione. Lo Statuto avendo parlato della malattia, che porta il donatore a morte, una donazione tra vivi fatta da un ammalato in un tempo in cui si disperava della sua vita, e che nondimeno contro ogni aspettativa è stato guarito, deve ella essere riputata in causa di morte, e in conseguenza il donante che si è ristabilito potrà egli rivocarla? Lo Statuto preso letteralmente sembra decidere per la negativa; ma io penso con Duplessis, che se si esamina bene il suo spirito, si debba al contrario decidere per l'affermativa. In fatti una donazione fatta da un ammalato, il quale è morto in seguito della sua malattia, era fin da quel tempo e prima che sopraggiugnesse la morte, non una donazione tra vivi, ma una donazione in causa di morte. Se non fosse stata tale fin da quel punto, la morte che indi è sopraggiunta non avrebbe potuto renderla tale e cangiarne la natura; la natura di un atto si forma allorchè si contrae, nè può dipendere da quanto accade in seguito. Se si ammettesse, come non si può rifiutare di ammetterlo, che la donazione era in causa di morte anche prima che la morte fosse sopraggiunta, io domando quale cosa la rendeva tale? Non già la morte, poichè essa non era ancora accaduta; ma bensì la persuasione della prossimità di questa morte, che faceva riguardare al donatore le cose ch'ei donava come cose ch'ei non poteva più conservare. Se dunque nell' ipotesi che il donatore muoja, non è già la morte accaduta, ma piuttosto la persuasione della sua prossimità che ha dato alla donazione il carattere di causa di morte, si dee parimenti decidere nella presente ipotesi, che la donazione è per causa di morte, benchè il donatore contro ogni aspettativa non sia morto; poichè non è già precisamente la morte che dia alla donazione questo carattere, ma la persuasione della morte, che si è trovata in questa ipotesi egualmente che nella precedente.

I termini degli Statuti di Parigi e di Orleans, *della malattia in seguito alla quale essi muojono*, non deggiono prendersi letteralmente, ma intendersi per una malattia che non lascia speranza di guarigione. Lo Statuto del Nivernese lo esprime più esattamente dicendo: *della malattia in seguito alla quale muore*, o *di malattia verosimilmente pericolosa di morte*.

Benchè una donazione fatta in una malattia pericolosa sia riputata in cau-

sa di morte, e che in conseguenza il donatore ritornato in convalescenza possa rivocarla, nondimeno se dopo la convalescenza egli l'ha lasciata sussistere per un tempo considerevole, questo lungo silenzio può farla presumere tra vivi. Vi ha luogo a dire che il donatore, benchè pericolosamente ammalato, era nella disposizione di donare la cosa al suo donatario quand'anche avesse potuto conservarla, e che la circostanza della malattia non è stato il motivo principale della donazione, l' evento avendo giustificata questa disposizione, poichè egli non l'ha rivocata allorchè si è ristabilito in salute.

Resta da osservarsi, che queste donazioni, che gli Statuti reputano in causa di morte, sono assolutamente nulle, e non sono neppur valide per ciò di cui è permesso disporre in causa di morte. Non v' ha più luogo a dubitarne dopo l'Ordinanza del 1731, la quale, *art.* 4, dice: *che ogni donazione tra vivi, che non sarà valida in questa qualità, non potrà valere come donazione in causa di morte o per testamento, di qualunque formalità sia essa rivestita.* In fatti, essendo essenziale alle disposizioni per testamento che esse sieno l' atto puro della volontà del testatore, qualunque donazione fatta tra vivi ed in forma di convenzione fra il donatore ed il donatario, manca di ciò che vi ha di più essenziale alla forma delle disposizioni testamentarie; e, per conseguenza, di qualunque altra formalità sia ella rivestita, non può valere qual disposizione di ultima volontà. E siccome l' Ordinanza, in virtù dell'articolo precedente, non ammette alcun'altra disposizione in causa di morte, ne segue che queste donazioni, che non possono valere nè come donazioni tra vivi, nè come donazioni per testamento, sono assolutamente nulle. Questo sentimento, adottato dall' Ordinanza, era anche prima della detta Ordinanza il più autorizzato. Ricard ne riferisce due decisioni. Tale era pure il sentimento di Lalande e di molti altri giureconsulti.

La giurisprudenza ha esteso, secondo l' avviso di Molineo e di Coquille, la disposizione di questi Statuti alle donazioni fatte da un novizio e le riguarda parimenti in causa di morte, benchè fatte tra vivi, ed esse sono per conseguenza nulle. Vedine una decisione in Soefve, § 449. Vi ha la stessa, anzi maggior ragione, di decidere in tal modo riguardo alla donazione del novizio: perchè l'amore della vita fa sovente sperare all' ammalato la guarigione benchè contro ogni aspettativa; invece che il novizio, che brama di far professione, è certo d'abbandonare il mondo, e che per conseguenza non può più conservare i beni di cui dispone; il che dà alla sua donazione il carattere di donazione in causa di morte più che a quella fatta da un ammalato.

Siccome la donazione fatta da un ammalato, della cui vita si disperava, non tralascia, secondo l'opinione da noi abbracciata, di esser riputata in causa di morte, benchè contro ogni aspettativa egli abbia ricuperata la sanità; si può pur anche dire, che quella fatta da un novizio è riputata donazione in causa di morte, benchè abbia in seguito abbandonato il chiostro. Poichè basta che al tempo della donazione egli sia stato persuaso che doveva far professione, benchè alcuni accidenti imprevisti lo abbiano dappoi fatto cangiar sentimento.

Si è domandato se la donazione fatta da un accusato di delitto capitale durante l' accusa, debba essere riputata fatta in causa di morte, allorchè il donatore è morto prima della sentenza. Bisogna rispondere negativamente. Perchè si deve presumere piuttosto l' innocenza che il delitto: il donatore, che è morto durante l' accusa, deve essere riputato innocente; s'egli è riputato innocente, non si deve credere ch'egli abbia fatta la sua donazione colla persuasione di esser condannato, e che non potrebbe più a lungo conservare le cose donate. Imperciocchè una persona, che si suppone innocente, deve essere persuasa della sua assoluzione piuttosto che della sua condanna, col mezzo della testimonianza che la sua coscienza le rende. Vi sarebbe maggior difficoltà, se la donazione fosse fatta dopo condanna a pena capitale, e che il donatore fosse morto durante l' ap-

pello. Nondimeno si dovrebbe pure in tal caso riputarlo innocente, ed i suoi eredi, che impugnerebbero la donazione, non sarebbero ammessi a supporlo colpevole. Ma supponendolo innocente, non si potrà presumere, che l'errore de' testimonj che han contro di lui deposto, e la sentenza pronunziata dietro quest'errore, l'abbiano talmente scoraggiato, benchè innocente, ch'egli disperi di essere assoluto; e che in conseguenza in queste circostanze abbia fatta donazione de' suoi beni nella persuasione di non potere conservarli perchè sarà condannato, ignorando che non era permesso di disporne in frode della confisca? Ciò dee dipendere in gran parte dalle circostanze. Vi sarebbe tanto più luogo di presumerlo, se la donazione fosse considerevole e fatta senza riserva di usufrutto. Non si dovrà al contrario presumere questa intenzione, se la donazione sarà modica o fatta con riserva di usufrutto.

Se il donatore dopo la donazione è stato assoluto, si presumerà ancor più difficilmente ch'egli abbia disposto colla persuasione che sarebbe condannato, e per conseguenza la donazione sarà ancora più difficilmente riputata in causa di morte. Nondimeno, se avesse fatta donazione di tutto il suo avere o della maggior parte, senza la riserva di usufrutto, vi sarà luogo a presumere che il turbamento, il timore, lo scoraggiamento, nel quale può cadere anche un innocente, abbia dato luogo alla donazione; e la sua causa sarà favorevolissima, s' ei domandasse sotto questo pretesto la rivocazione della donazione.

Se poi il donatore fosse condannato, la donazione non sarà valida per un' altra ragione, cioè che un accusato non può disporre in frode della confisca.

Si è agitata la questione, se la disposizione degli Statuti debba essere estesa alle donazioni fatte nella vigilia di un grande pericolo, come per esempio da un uomo, ch' è sul punto di assoggettarsi ad un' operazione cerusica. Io penso di no; perchè non è già il solo timore del pericolo della morte, ma la persuasione di soccombervi, che, secondo lo spirito degli Statuti, toglie alle donazioni il carattere di donazioni tra vivi, impedendo che si possa dire che il donatore preferisca il donatario a se stesso riguardo alle cose ch'egli sa di non poter conservare. Ora, una persona che si assoggetta ad una operazione, non si trova in queste circostanze; essa è al contrario riputata prendere questo partito colla speranza della guarigione, e non per terminare una vita dolorosa; perchè questo motivo essendo contrario al diritto naturale, che ci ordina la conservazione della nostra esistenza, non si deve presumerlo.

Si deve decidere per la stessa ragione, che una donna, benchè prossima al termine della sua gravidanza, non sia capace di far donazione tra vivi; perchè sebbene essa corra un grande pericolo di morte, conserva nondimeno una perfetta sanità, e spera un esito felice; e per conseguenza non riguarda le cose, di cui dispone, come cose che non possa più conservare; ne sarebbe altrimenti, se all'epoca della donazione la gravidanza fosse accompagnata da accidenti straordinarj, i quali conducessero la donna alla tomba.

Un uomo, per quanto sia avanzato in età, fosse pur centenario, è capace di donare finchè non sia ammalato; perchè sebbene non possa sperare una vita lunga, spera sempre almeno alcuni anni di vita, ed è sovente più attaccato ai suoi beni, che spera conservare durante il resto della sua carriera, che non vi è attaccato un giovane. Perciò si deve dire che allorchè egli dispone, preferisce il donatario a se stesso, e per conseguenza può fare delle donazioni che abbiano il carattere di donazione tra vivi.

ARTICOLO II.

Delle persone che possono o no accettare le donazioni tra vivi.

§ 1. *Degli stranieri.*

Non solo i nazionali ma altresì gli stranieri possono accettare le donazioni tra vivi; ed in ciò le donazioni differiscono dai legati, e la differenza è fondata sul motivo che le do-

nazioni tra vivi sono di diritto delle genti, al quale gli stranieri partecipano, in vece che i legati sono di diritto civile, che è fatto soltanto pei cittadini.

§ 2. *Dei minori e degl' interdetti.*

I minori e gl' interdetti, benchè non possano fare donazioni, possono però accettarle, e non hanno bisogno per ciò dell'autorità de'loro tutori e curatori; perchè l' interdizione sotto la quale si trovano, e la necessità della autorizzazione de' loro tutori e curatori non essendo richiesta che per loro vantaggio e per impedire che dissipino ciò che loro appartiene, questa interdizione e la mancanza di quest' autorizzazione non deggiono impedir loro di acquistare e di render migliore la loro condizione, accettando le donazioni che loro sono fatte. Quindi risulta la massima di diritto: *Pupillus sine tutoris auctoritate meliorem suam conditionem facere potest.*

Avvi maggior difficoltà riguardo ai pazzi ed ai minori non emancipati, perchè la donazione tra vivi, essendo una convenzione, richiede il consenso del donatario; ora queste persone non avendo l' uso della ragione, non sono capaci di dare il consenso. Non bisogna pertanto conchiuderne che non possono accettare le donazioni tra vivi, ma soltanto che non possono accettarle da sè stesse. Possono bensì tali donazioni essere accettate da' loro tutori e curatori, l'accettazione de' quali tiene luogo della loro, come lo vedremo nella sezione seguente all' *articolo Accettazione.*

Riguardo alle donne maritate esse non possono accettare, nè far donazione tra vivi senza il consenso e la autorizzazione de' loro mariti, non essendo capaci a cosa alcuna senza questa autorizzazione. In ciò esse differiscono dai minori, e la ragione si è, che il minore non ha bisogno dell' autorizzazione del suo tutore che pel suo interesse, invece che l'autorizzazione del marito non è richiesta per l' interesse della moglie, ma per una ragione affatto differente, perchè dipendendo assolutamente da suo marito è incapace di qualunque atto, se non è dal medesimo autorizzata.

§ 3. *De' religiosi.*

I religiosi non potendo, a motivo de' loro voti di povertà, possedere cosa alcuna, sono incapaci di ricevere per donazioni. Nondimeno quelli che sono fuori del chiostro, trovandosi nella necessità di avere un peculio per la loro sussistenza, possono ricevere delle donazioni di cose mobiliari; ma i loro voti di povertà che sussistono, li rendono incapaci a possedere degli immobili, per conseguenza ad accettare donazioni d' immobili.

§ 4. *Delle comunità.*

Le comunità e gli stabilimenti, che non sono eretti in virtù di rescritti del re registrati al parlamento, nella cui giurisdizione si trova lo stabilimento, sono proibiti secondo l' *art.* 1 della dichiarazione del 1749, il quale su questo punto non ha fatto che confermare le antiche leggi del regno, e per conseguenza non possono accettare alcuna donazione; ed i beni, che loro fossero stati donati, possono essere rivendicati da' figli eredi presuntivi dei donanti, secondo gli *art.* 9 e 10 della detta dichiarazione: ed anche, in mancanza di eredi che li rivendichino, da' feudatarj, da cui questi beni dipendono, i quali ne rimarranno proprietarj incommutabili, se gli eredi non li reclamano nel corso dell'anno a contare dal giorno in cui i feudatarj ne saranno stati messi in possesso (*art.* 11).

Vi sono nondimeno alcuni stabilimenti, come per esempio le scuole di carità, ed altri menzionati nell' *art.* 3, i quali non han bisogno di rescritti regj, e che sono capaci di accettare donazioni. Del resto queste sorta di stabilimenti, egualmente che quelli confermati da lettere patenti del re, e generalmente tutte le persone di manomorta, possono accettare delle donazioni, ma soltanto di alcune cose che loro è permesso di acquistare. Ma essendo loro proibito di acquistare dei beni stabili e rendite costituite, ne segue ch' essi non possono accettare donazioni di simili cose; ma possono soltanto acquistare delle rendite sopra lo stato, e sopra le comunità.

Vi sono certi conventi, come quelli de' cappuccini ed altri, i quali non possono acquistar nè ricevere per donazione, neppur tali cose, a motivo di una particolare professione di povertà; essi possono nondimeno accettare delle donazioni di cose mobiliari, e di modiche somme di danaro.

§ 5. *Dei mariti e delle mogli, e degli eredi presuntivi.*

I mariti non possono accettare durante il matrimonio alcuna donazione tra vivi dalle loro mogli, nè queste da' loro mariti. Le leggi ne adducono molte ragioni, e specialmente le leggi 1 e 2, ff. *de donat. inter vir. et uxor.*, di cui ecco i termini: *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate. Nec esset eis studium, liberos potius educendi. Sextus Caecilius et illam causam adjiciebat, qui saepe futurum esset ut discuterentur matrimonia, si non donaret is qui posset: atque ea ratione eventurum, ut venalitia essent matrimonia. Add. l. 3, ff. eod. tit.*

Bisogna eccettuare da questa regola le donazioni reciproche nei casi, in cui gli Statuti le permettano.

Prima del matrimonio lo sposo può, al pari di ogni altra persona, accettare, col contratto di matrimonio, delle donazioni tra vivi dalla sua futura moglie, e questa dal suo futuro marito.

L'editto sopra le seconde nozze ha però portata qualche modificazione a questa regola.

Non solamente un marito non può ricevere alcuna donazione tra vivi da sua moglie durante il matrimonio, e la moglie da suo marito, ma i figli, che l'uno di essi ha da un precedente matrimonio, non possono parimenti accettare durante il matrimonio qualunque donazione dall'altro conjuge. Avvene una decisione regolamentaria della gran Camera, dei 16 febbrajo 1729, proferita secondo lo Statuto di Senlis. La ragione si è che gli Statuti inibiscono ai conjugi di avvantaggiarsi direttamente o indirettamente. Ora, si può dire che mia moglie dispone in certa maniera indirettamente a mio favore allorchè dispone a favore dei miei figli; perchè siccome noi travagliamo ed acquistiamo per lo più colla intenzione di trasmettere i nostri beni ai nostri figli, perciò quanto viene disposto a loro favore, è stimato fatto per noi stessi. D'altronde le ragioni che ha avuto il Re di proibire le donazioni tra marito e moglie, si troverebbero deluse, se fosse permesso di disporre a favore de' figli di sua moglie; poichè non potendo attestare il mio affetto verso mia moglie disponendo a favore di essa, io glielo potrò comprovare disponendo a favore de' suoi figli; ciò che non potrebbe domandare per sè stessa, ella lo domanderebbe pe' suoi figli; e perciò accaderebbe egualmente, *ut mutuo amore se spoliarent, ut pretio emeretur maritalis concordia*. Il che le leggi han voluto impedire.

Del resto le decisioni regolamentarie hanno decisa la questione soltanto circa gli Statuti che non hanno a questo soggetto alcuna disposizione; ma nello Statuto di Parigi, il quale porta: *I conjugi non possono l' un l' altro far donazione ai figli del primo matrimonio, nel caso che essi o uno di essi abbiano de' figli*, è proibito soltanto al conjuge, che ha figli, di disporre a favore de' figli di un precedente matrimonio dell' altro. Colui, che non ne ha alcuno, può disporre a loro favore. Questa è l' interpretazione adottata dai commentatori.

Laurière ha procurato nondimeno di darne un' altra; e porta opinione che sia proibito da quest' articolo indistintamente di far donazione a' figli di un precedente letto dell' altro conjuge.

La proibizione di disporre a favore dei figli dell'altro conjuge non si estende ai collaterali, benchè eredi presuntivi del donatore.

Vi ha una decisione in Soefve, la quale ha confermata una donazione fatta da un marito al fratello di sua moglie.

Negli Statuti di eguaglianza gli eredi presuntivi non possono accettar donazioni in pregiudizio delle parti di

coloro che sono chiamati con essi alla successione del donatore.

Noi ci riferiamo sopra tutto ciò al *Trattato delle Successioni*, al capitolo della *collazione*.

§ 6. *Delle concubine e de' bastardi.*

Le concubine non possono accettare donazioni. Alcuni Statuti hanno delle disposizioni a questo proposito, come quelli di Tours e di Grand Perche; il che deve essere parimenti osservato altrove, essi è in tal modo giudicato.

La ragione si è, che il concubinato è contrario ai buoni costumi. Questo è ben differente fra noi da quello dei Romani, ch' era un vero matrimonio, e che differiva dal matrimonio civile soltanto perchè non aveva certi effetti civili; ma che d' altronde era un vero matrimonio, se non autorizzato, per lo meno permesso espressamente dalle leggi: *Concubinatus a lege nomen assumpsit.* Ma le nostre leggi non ammettendo altri matrimonj fuorchè quelli fatti colle solennità richieste per questo contratto, ne segue che il concubinato non essendo fra noi un matrimonio, non può essere riguardato che come un'unione contraria a'buoni costumi; dal che segue, che tutto ciò che serve a fomentare e mantenere questa unione, come sono le donazioni fra i concubinarj, debb' essere riputato come contrario a' buoni costumi, e per conseguenza non valido.

Aggiungasi che la ragione che ha fatto proibire le donazioni fra persone maritate, *ne mutuo amore se spoliarent*, milita a maggior ragione riguardo a queste sorta di persone; perchè l'amore che nasce dalle unioni illegittime, è ordinariamente più violento di quello che nasce da una legittima unione. Si possono ancora qui applicare le ragioni, su le quali è fondata la proibizione di disporre a favor di certe persone, a motivo dell' impero ch' esse hanno sullo spirito del donatore. Perchè chi può avere maggior impero sopra lo spirito di un uomo quanto una concubina? Le storie ne somministrano infiniti esempj, come quello di Dalila riguardo a Sansone, e quello delle concubine del re Salomone.

Gli eredi del donatore deggiono essere ammessi dopo la sua morte alla pruova di questo concubinato colla donataria; perchè invano queste donazioni sarebbero proibite, se la pruova del concubinato non fosse ammessa. Vi ha una decisione in Soefve che le ammette. Nondimeno il giudice deve a questo riguardo usare circospezione.

Le concubine non sono però talmente inabili a ricever donazioni che esse non possano accettarne delle modiche per causa di alimenti; ed anche allorchè si è loro fatta qualche donazione considerevole, si usa di non dichiararla interamente nulla, ma soltanto ridurla ad una somma modica, o ad una pensione alimentaria.

I bastardi adulterini ed incestuosi non potevano, in forza del diritto romano, accettare una donazione, o un legato di alimenti. In forza del nostro diritto essi possono accettar donazioni e legati di alimenti; ma non mai qualunque altra donazione. Riguardo agli altri bastardi, essi non possono accettare soltanto le donazioni universali, ma bensì possono accettare le donazioni di cose particolari benchè considerevoli. Ricard è di sentimento che l' incapacità de' bastardi, adulterini ed incestuosi, sia perchè escono da una sorgente infetta, sia perchè sarebbe lo stesso che fare donazione indirettamente ai loro padri che farla ai figli. Quest' ultima ragione non ha applicazione, se non quando il loro padre vive.

§ 7. *Dei giudici, uffiziali, e ministri di giustizia.*

Secondo le leggi romane era proibito ai magistrati romani, che governavano le provincie, di ricever qualunque donazione, fuorchè di quelle cose che si mangiano e si bevono; ed ancora bisognava che la quantità non fosse al di là di quanto può consumarsi in poco tempo: *Plebiscito continetur, ut ne quis praesidium munus donum caperet, nisi esculentum, potulentumve, quod intra dies proximos prodigatur*; *l.* 18, ff. *de offic. praesid.*

In forza dell' Ordinanza di Filippo

il Lungo dell' anno 1320 era proibito a qualunque balio e siniscalco, alle loro mogli, a' loro parenti, ed a' loro commensali, di ricevere nelle loro provincie, durante il tempo della loro amministrazione, qualunque donazione, fuorchè quelle cose che si mangiano e si bevono, di modo che il valore di queste cose non ecceda in una settimana quello di dieci soldi parigini.

Questa incapacità non ha avuto luogo, se non ne' tempi in cui gli uffiziali erano mandati soltanto per un tempo determinato nella provincia. Dopo che le cariche sono state rese perpetue, sarebbe stata cosa troppo crudele che un uffiziale fosse stato perpetuamente privato del diritto che hanno i cittadini di accettar donazioni. Perciò la loro incapacità è stata limitata a non poter accettare donazioni soltanto dalle persone che hanno delle liti pendenti davanti i loro tribunali. Ciò è prescritto dall' Ordinanza di Orleans, *art.* 43, la quale proibisce ai giudici, avvocati, e regj procuratori di accettar dalle parti litiganti alcun regalo, comunque piccolo, anche di viveri, all' eccezione soltanto della cacciagione presa nelle terre de' principi e signori che la danno. La stessa Ordinanza nell'art. seguente proibisce alle stesse persone di accettare pegni o pensioni dai signori o signore del regno, nè di accettar benefizj dai vescovi, abati, ed altri collatori, dimoranti nella loro giurisdizione, nè per essi, nè pe' loro figli, parenti, e domestici.

Simili proibizioni sono prescritte dall' Ordinanza di Moulins, *art.* 19 e 20. Quella di Orleans parla soltanto dei giudici regj, quella di Moulins estende queste proibizioni indefinitamente a tutti i giudici. L'*art.* 114 dell'Ordinanza di Blois proibisce generalmente a tutti gli uffiziali di ricevere da quelli, che avranno qualche affare con loro, alcun donativo o regalo, sotto pena di concussione.

Duret nelle sue osservazioni sopra quest' articolo pretende, ch' egli deroghi tacitamente all' eccezione fatta dall'Ordinanza d'Orleans, la quale permetteva ai giudici di accettare dai principi e signori della cacciagione presa ne' loro boschi, io però son di parere che non bisogna riguardare come concussionario un giudice che abbia ricevuto un simile regalo, che nulla costa a chi lo dà, e che non arricchisce colui che lo riceve; questo non è già, propriamente parlando, un donativo, ma un atto di pulizia, ed il giudice che lo accetta, deve essere riputato accettarlo non per cupidigia, ma per rispetto per colui che lo dà.

È parimente proibito agli scrittori nelle cancellerie di ricevere dalle parti cosa alcuna, quand' anche sia loro volontariamente offerta, sotto pena di punizione esemplare a loro riguardo, e di privazione d' impiego per lo cancelliere che l' avrebbe sofferto. Ordinanza d' Orleans, *art.* 72. La stessa, *art.* 77, fa simili proibizioni ai sostituiti de' procuratori regj.

È anche proibito dalla stessa Ordinanza agl' impiegati ai dazj, ricevitori, ed altri ufiziali delle contribuzioni, di accettare da' sudditi del re alcun donativo sia in danaro, sia in cacciagione, pollame, ec.

§ 8. *Dei tutori, amministratori, ed altri, i quali non possono accettare donazioni dalle persone sopra le quali si presume che essi abbiano una potestà troppo estesa.*

L' Ordinanza del 1539, *art.* 131, dichiara nulle tutte le donazioni tra vivi e per testamento fatte a favore de' tutori ed altri amministratori. La Ordinanza del 1549 soggiunge, *o a qualunque persona da essi interposta.*

Lo Statuto di Parigi, conformemente a queste disposizioni, dice, *art.* 276, che i minori ed altri sotto l' altrui potestà non possono fare donazioni nè testare direttamente o indirettamente a favor de' loro tutori, curatori, precettori, o altri amministratori, o de' figli di questi, durante il tempo della loro amministrazione, e finchè non abbiano reso il loro conto. Esso ne eccettua però gli ascendenti che fossero stati tutori dei loro figli, purchè non sieno passati a seconde nozze.

Risulta da quest' articolo dello Statuto di Parigi, che deve esser riguardato come la vera interpretazione dell' Ordinanza.

1°. Che gli amministratori, che l'Ordinanza rende inabili alle donazioni ed ai legati, sono soltanto quelli che hanno qualche potestà sopra la persona o sopra i beni dei donanti; il che risulta dai termini di questo Statuto *ed altre persone che si trovano sotto l' altrui potestà*. Un padrone può dunque far donazione al suo intendente, benchè questi sia amministratore de' suoi beni; perchè questi non ha alcuna autorità sopra quello, ma piuttosto il suo padrone sopra di lui. Lo stesso dicasi di tutte le altre persone che amministrano i nostri beni in virtù di un mandato di procura che loro abbiamo dato, e che noi possiamo rivocare a nostro piacimento.

2°. Un consultore di tutela, un tutore surrogato, o tutore alle azioni contrarie, un curatore alle cause, che non hanno l' amministrazione della persona nè de' beni del minore, non sono compresi in tale proibizione, la quale parla soltanto de' tutori o curatori che sono amministratori della persona o de' beni del minore, come risulta dai termini qui sopra citati dello Statuto di Parigi, interpetre, sopra questo punto dell' Ordinanza. Se però l' oggetto della commissione del surrogato tutore fosse di natura tale da dargli un potere considerevole sopra i minori, egli potrebbe esser compreso nella proibizione.

Io non credo che la stessa cosa possa dirsi di un tutore onorario, il quale benchè non amministri i beni, che sono amministrati da un tutore onorario, presiede nondimeno sopra la persona del minore, poichè un tutore non può accettar donazioni tra vivi o per testamento principalmente a motivo ch' egli invigila sulla persona del minore piuttosto che sopra i di lui beni. Del resto, siccome ei non deve rendere alcun conto, il minore, che non può testare a suo favore, può fargli donazione tra vivi tostochè sia giunto all' età maggiore.

3.° Benchè l' Ordinanza abbia parlato indistintamente de' tutori ed amministratori senza eccettuare alcuno, nondimeno lo Statuto di Parigi con un' interpretazione desunta dallo spirito dell' Ordinanza, benchè in apparenza contrario alla generalità di questi termini, ne ha eccettuati gli ascendenti, i quali hanno la tutela e l' amministrazione de' loro figli. La ragione su cui è fondata questa interpretazione, la quale non è stata dapprima ammessa, ma che finalmente ha prevalso, anche negli Statuti che non hanno a questo riguardo alcuna disposizione, si è che la pietà paterna esclude in queste persone ogni sospetto che abbiano voluto circoscrivere la volontà de' loro figli, esigendo da essi qualche donazione o legato; l' intenzione naturale de' padri essendo piuttosto di trasmettere e di far passare i loro beni a' proprj figli piuttosto che di procurare a se stessi i beni di essi.

D' altronde, come l'osserva Ricard, se l' autorità che un padre ha sopra i suoi figli lo rende inabile ad accettar le loro donazioni, quest' autorità non essendo limitata ad un certo tempo, come quella di un tutore, ma essendo bensì sempre in vigore, ne risulterà che un padre non potrà giammai accettar donazioni da' suoi figli.

Nondimeno, siccome le seconde nozze fanno alle volte diminuire l' amore paterno, lo Statuto eccettua soltanto i genitori che non si sono rimaritati.

Questa eccezione in favor degli ascendenti non deve esser estesa ai collaterali, che fossero eredi presuntivi di quelli di cui essi avranno la cura e la amministrazione.

4.° Lo Statuto porge ancora un' interpretazione favorevole all' Ordinanza decidendo, che i tutori ed amministratori non possono accettare donazioni neppur dopo la maggior età e dopo terminata la tutela, finchè non sia stato reso il conto definitivo; perchè il tutore, che non lo ha ancor fatto, avendo a sua disposizione la sostanza del minore, questi si trova ancora indirettamente sotto la sua potestà. Quest' interpretazione è conforme alle leggi romane, le quali avendo proibito il matrimonio fra il tutore o il curatore, e la sua pupilla, a motivo della potestà che esercitano sopra di essa, stabiliscono che questa proibizione ha pur anche luogo dopo la maggiorità, e finchè il tutore o curatore non abbiano reso definitivamente il conto della loro amministrazione.

L' incapacità cessa ella forse allorchè il tutore ha reso il suo conto, ma non abbia pagato il residuo da lui dovuto? Si possono allegare contro il tutore molti testi di diritto al titolo *de conditionib., et demonst.*, i quali decidono che la condizione di rendere conto comprende quella di pagare ciò ch' è dovuto. Io non credo però che il pagamento del residuo sia assolutamente necessario per far cessare l' incapacità; perchè il minore essendo pienamente informato di tutti i suoi diritti col mezzo del conto che gli è stato reso, e restando soltanto creditore di una somma liquida verso il suo tutore, ch' egli può esigere da lui come da un altro debitore, egli cessa da quel punto di esser sotto la sua dipendenza; il che basta per far cessare l' incapacità del cessato tutore, la quale era fondata soltanto sopra questa ragione. Altrimenti bisognerebbe dire che tutti i creditori sono sotto la dipendenza de' loro debitori, e che tutti i debitori non possono accettare donazioni da' loro creditori, il che è totalmente assurdo.

Vi ha però chi crede, che l' incapacità sussista fino al pagamento di questo residuo, ed alla consegna delle scritture, argomentando dall' Ordinanza del 1667; a meno che il minore non gli abbia accordato un termine.

5.° Ciò che lo Statuto stabilisce, cioè che non si possa disporre a favor dei figli degli amministratori, è ancora un' interpretazione dell' Ordinanza; poichè l' affetto che i padri hanno pei loro figli, fa sì che quanto è disposto a favore di questi, sia stimato disposto a favore de' padri: *Quod donatur filio videntur donatum patri*. Vi sarebbe pure a temere, che l' amministratore, non potendo farsi far donazione a se stesso, esigesse delle donazioni pe' suoi figli, i padri avendo ordinariamente maggior passione per arricchire i loro figli che per arricchire se stessi.

Questa incapacità de' figli dell' amministratore non provenendo da loro ma bensì dal loro padre, al quale sembrerebbe indirettamente donato ciò che sarebbe donato loro, ne segue che se il loro padre muore, benchè non sia ancora reso il conto, questa incapacità deve cessare, *quasi remoto impedimento*.

Le donazioni fatte a' figli de' tutori o amministratori essendo riprovate allorchè sono fatte in vita di questo tutore o amministratore, per la ragione ch' esse sono stimate fatte indirettamente al tutore o all' amministratore stesso, ne segue che quelle fatte alla moglie o al marito, o agli ascendenti del tutore o amministratore, deggiono per la stessa ragione essere riprovate; perchè sono pure in qualche modo fatte al tutore istesso.

6.° Per interpretazione pure della Ordinanza lo Statuto ha compreso i pedagoghi sotto il termine generale di altri amministratori, di cui l' Ordinanza erasi servito: perchè i pedagoghi hanno il governo, non già de' beni, ma degli allievi e discepoli; avendo essi il diritto di correggerli, deggiono avere sul loro spirito lo stesso imperio che hanno i tutori e curatori; e per conseguenza non possono al pari di questi accettare alcun legato da' loro allievi, e discepoli.

Si deve intendere per pedagogo un precettore o ajo, preposto alla condotta o educazione di un giovine, o un reggente di collegio; vi si deggiono pure comprendere i collegj stessi in cui la gioventù è educata, e le comunità di donzelle in cui le giovani sono istruite ed educate.

Non si deve dire la stessa cosa riguardo alle persone di maggior età, che sono volontariamente dozzinanti di una comunità. I superiori o superiore di una comunità non esercitano alcun imperio sopra queste persone che non sono sotto la loro dipendenza, e che hanno la libertà di abbandonare la comunità se lo giudicano a proposito. Nondimeno la corte non lascia di ridurre le donazioni fatte da queste persone alle comunità in cui esse sono dozzinanti, allorchè esse sembrano troppo considerevoli. Decisione dell' 11 luglio 1713 riferita al sesto volume del Giornale.

I maestri o le maestre sono pure, riguardo a' loro allievi, riputati quali pedagoghi a motivo del diritto di correzione che hanno sopra essi. Ricard riferisce una decisione relativa ad un allievo in farmacia. Non così riguar-

do ai pubblici professori, per esempio quelli del collegio reale di Parigi, e quelli delle facoltà superiori di teologia, di diritto e di medicina; lo stato di questi professori non consistendo che nel far delle lezioni pubbliche a chi vuole sentirle, e non dando loro alcun governo o ispezione sopra i loro allievi, è evidente che non possono esser compresi sotto il termine di pedagoghi, nè essere soggetti alla proibizione prescritta dello Statuto.

7°. La giurisprudenza ha pure estese le disposizioni dell' Ordinanza e dello Statuto a molte altre specie di persone, cioè 1°. ai direttori e confessori.

L' impero che queste persone acquistano ordinariamente sopra lo spirito de' loro penitenti, e molto più sopra quello delle loro penitenti, ha servito di motivo a questa estensione.

Allorchè il confessore è un religioso o membro di qualche comunità, la comunità, di cui egli è membro, e quelle del medesimo ordine non possono accettar donazioni da' penitenti di questo confessore; perchè vi ha egualmente a temere, ch' egli abusi dell' ascendente che ha sopra lo spirito del suo penitente per esigere qualche donazione a favor di questa comunità, come vi ha luogo a temere che lo esiga per se stesso; essendo i religiosi ordinariamente altrettanto inclinati per gl' interessi della loro comunità quanto i secolari lo sono pei loro proprj.

2°. Un simile motivo ha fatto estendere la disposizione dell' Ordinanza ai medici, chirurghi, speziali, empirici, ed operatori che hanno intrapresa una cura. Tutte queste persone non possono accettar donazioni o legati da' loro ammalati, i quali, per ottenere la guarigione, non ardiscono rifiutare cosa alcuna a tali persone, dalle quali s' immaginano di poterla ottenere. La giurisprudenza è su questo punto conforme alle leggi romane; *l. 9, cod. de prof. et med.*

3°. Per un simile motivo si è estesa tale disposizione a' procuratori, i quali sono stati giudicati non potere accettare alcuna donazione o legato da' loro clienti. Del resto affinchè questo motivo riceva applicazione, e che un procuratore non possa accettare donazioni e legati dal suo cliente, io credo che faccia d' uopo che l' affare, di cui egli è incaricato, sia di grande difficoltà e nel quale si tratti di tutta o di parte considerevole della sostanza del cliente, il che mette in questo caso il cliente sotto la sua dipendenza, il quale per uscire da un affare importante, che si trova fra le mani del suo procuratore, non ardisce rifiutargli cosa alcuna. Se l' affare è di poca importanza e semplicissimo per se stesso, allora il motivo della Ordinanza non sembra ricevere applicazione.

Riguardo agli avvocati, avvi chi pensa che la nobiltà della loro professione debba allontanare da essi ogni sospetto d' intenzioni interessate, e che per conseguenza possano accettar donazioni da' loro clienti. Nondimeno Ricard è di sentimento, che gli avvocati, non che i procuratori, non possono accettarle. Ma egli soggiunge, che gli uni e gli altri possono accettarle per testamento, perchè il tempo della malattia, in cui si fanno ordinariamente i testamenti, è quello in cui l' ascendente che l' avvocato ed il procuratore possono avere, cessa per far luogo a quello del medico.

L' incapacità de' confessori, medici, procuratori ed altre simili persone non essendo stabilita da alcuna legge, come lo è quella de' tutori ed amministratori, ma soltanto dietro la giurisprudenza de' tribunali ne segue che quest' incapacità non debb' essere sì strettamente intrepretata. Perciò allorchè le donazioni ed i legati fatti a queste persone sono modici, e non eccedono i limiti di una giusta riconoscenza, deggiono sussistere. Anche allorquando essi sono considerevoli, se vi sono dei motivi probabili che abbiano potuto portare il donante a farli deggiono sussistere; per esempio, se questa persona fosse un parente prossimo: ciò deve però dipendere delle circostanze.

Del resto queste persone sono inabili, del pari che quelle enunciate nella legge, non solo ai vantaggi diretti che vengono fatti a loro favore, ma altresì a quelli, i quali durante la loro vita saranno fatti a favore delle loro mogli, figli, o ascendenti.

§ 9. *In qual tempo si considera la capacità per accettare la donazione, e se si possa far donazione a quelli che non sono concepiti.*

Le donazioni tra vivi ricevendo tutta la loro perfezione nel tempo del contratto, ne segue che in questo tempo è necessaria e la capacità a far donazione nella persona del donante, e la capacità ad accettare in quella del donatario. Dal che segue che il nulla non essendo capace di cosa alcuna, ed essendo prima di ogni cosa necessario di esistere per esser capace a qualche cosa, non si può fare alcuna donazione a colui, il quale all' epoca della donazione non sarà ancora concepito; poichè se al tempo della donazione egli non esisteva, non poteva allora esser capace di ricever donazioni.

Il favore de' contratti di matrimonio, suscettibili di ogni convenzione, ha fatto eccettuare dalla regola le donazioni che in essi si fanno. Perciò se si fa donazione in forza di contratto di matrimonio ai figli che nasceranno da questo matrimonio, la donazione sarà valida allorchè questi figli verranno a nascere, benchè al tempo del contratto tali figli, che non esistevano ancora, non avessero potuto essere allora capaci di donazioni.

Bisogna pure osservare, che quando una donazione contiene una sostituzione, non è necessario che il sostituito esista al tempo della donazione; basta solo ch' egli esista, e che sia capace all' epoca dell' apertura della sostituzione.

La capacità è talmente necessaria al tempo della donazione, che se io ho disposto a favore di una persona, cui le leggi proibivano di far donazione in quel tempo, benchè l' impedimento sia cessato, e che dopochè l' impedimento è cessato, io abbia ratificata la donazione, essa non sarà valida; perchè ciò ch' è nullo, non può essere confermato da una ratificazione. Così è stato giudicato riguardo ad una donazione fatta da una moglie alla madre di suo marito, in un paese, in cui lo Statuto proibisce di disporre a favore di suo marito e dei suoi parenti; benchè essa sia stata ratificata dopo la morte del marito, e per conseguenza in un tempo in cui la donataria aveva cessato di essere incapace, essa fu nondimeno dichiarata nulla. Questa decisione si trova in Soefve, cap. 11, 39.

Ma se la ratificazione sarà rivestita delle forme necessarie per una donazione, varrà non come ratificazione, ma come una nuova donazione.

ARTICOLO III.

Delle cose di cui si può far donazione tra vivi.

Egli è un diritto generale, che si possa far donazione di tutti i suoi mobili ed acquisti. Gli Statuti sono differenti riguardo a' beni proprj. Quelli di Parigi e di Orleans permettono ai maggiori di far donazione tra vivi non solo di tutti i mobili ed acquisti, ma ancora di tutti i beni proprj, salva la legittima de' figli, se il donatore ne abbia.

Altri Statuti permettono soltanto il disporre per donazione tra vivi di una parte de' beni proprj. Per esempio, lo Statuto di Blois non permette di far donazione tra vivi, se non della metà de' beni proprj.

In questa varietà di Statuti deve prevalere quello del luogo, in cui i beni proprj sono situati; perchè le leggi che proibiscono l' alienazione delle cose, avendo per oggetto le cose, sono Statuti reali che non hanno impero che sopra le cose situate nel loro territorio.

Questa disposizione degli Statuti, la quale proibisce di far donazione tra vivi di una certa porzione di beni proprj, essendo fatta in favor degli eredi presuntivi del donante, i quali sono della stessa linea dalla quale questi beni procedono, ne segue che la donazione fatta della totalità dei detti beni proprj, o di una parte più grande di quella, di cui è permesso disporre, non è nulla, per l' eccedente, che a favore dei detti eredi della linea, e che per conseguenza essi soli possono domandarne la diminuzione ed opporne la nullità. Noi parleremo altrove di questa diminuzione.

SEZIONE II.

Delle forme delle donazioni tra vivi, e con quali atti esse debbono esser fatte.

Le formalità che esigono le nostre leggi perchè sieno valide le donazioni d' immobili tra vivi sono: 1.° La solennità dell'accettazione. 2.° La tradizione. 3.° L' irrevocabilità. 4.° L'insinuazione. 5.° Una formalità indispensabile per le donazioni si è pure che esse debbano essere stipulate avanti notajo.

ARTICOLO PRIMO.

Della solennità dell' accettazione.

Bisogna distinguere l' accettazione dalla solennità dell'accettazione. L'accettazione, che non è altra cosa senonchè il consenso dato dal donatario alla donazione, non è già una semplice forma richiesta dal diritto civile per la validità della donazione. Essa costituisce l'essenza medesima della donazione, la quale, essendo una convenzione fra il donante e il donatario, comprende necessariamente il consenso delle due parti: *Conventio (enim) est duorum in idem placitum consensus.*

La solennità dell' accettazione è la menzione che deve esser fatta nell'atto di donazione dell'accettazione del donatario. Questa menzione è una solennità richiesta dalle nostre leggi, e che non lo sarebbe, se le donazioni fossero state lasciate nel puro diritto naturale, secondo il quale l' accettazione, benchè non espressa, benchè tacita e designata in qualsiasi modo, sarebbe stata valida.

Risulta da questa distinzione, che sebbene in tutte le altre convenzioni l' accettazione sia sufficientemente significata col mezzo della presenza delle parti all' atto, o col mezzo della loro sottoscrizione, nondimeno nelle donazioni, in cui quest' accettazione dev'essere espressa, ed è richiesta come una formalità, la presenza del notajo, e la sottoscrizione all'atto, non saranno un' accettazione sufficiente. Così dispone l' *art.* 6 dell'Ordinanza del 1731.

Lo stesso dicasi di tutte le altre circostanze, da cui si vorrebbe indurre l'accettazione; quand' anche il donatario fosse, in conseguenza della donazione, entrato in possesso della cosa donata, questa non supplirà alla solennità dell' accettazione.

Del resto non è necessario che l' atto, il quale contiene l' accettazione del donatario, sia lo stesso atto col quale il donante fa donazione. Benchè questi due atti non ne contengano propriamente che un solo, nondimeno possono esser fatti con atti diversi e ad epoche diverse l' uno dall' altro.

Bisogna pertanto, secondo l' Ordinanza del 1539, *art.* 133, che l'atto contenente l' accettazione sia fatto in presenza dei donanti e de' notaj. Ma in virtù della dichiarazione del 1549, l'accettazione può esser fatta anche senza la presenza del donante; essa può farsi in calce dell'atto di donazione, ed anche con atti totalmente separati. Ma in questo caso bisogna, secondo la detta dichiarazione, che l' atto della donazione sia inserito in quello che contiene l' accettazione.

La donazione e l' accettazione potendo esser fatte con atti separati e ad epoche differenti, nasce la questione, se una donazione fatta in tal modo sarà riputata valida dal giorno dell' atto di donazione, o soltanto da quello dell'accettazione. Bisogna dire ch'essa sarà valida soltanto dal giorno dell' accettazione. L' Ordinanza del 1539 lo dice in termini espressi: *Quelle che saranno fatte in assenza dei donatarj, i notaj, stipulando per essi, cominceranno il loro effetto dal tempo in cui esse saranno accettate.*

La ragione è evidente. La donazione non riceve la sua perfezione che con l' accettazione; essa sarà valida soltanto a contare da quel giorno. La donazione, prima che sia accettata, non è che un progetto, e non è ancora una donazione, giacchè la donazione tra vivi è una convenzione, e non può esister convenzione senza accettazione.

Da ciò segue che il donante può prima dell'accettazione cangiar di volontà; perchè non esistendo propriamente che un progetto non ancora effettuato, e dal quale non è ancora risultato alcun diritto nè anche informe a favor del donatario, diritto che non può nascere se non dalla sua accettazione, ne segue che il donante può cangiar di volontà. Nè si può opporgli che *nemo mutare potest consilium in alterius injuriam* : poichè risponderà che *mutando consilium nemini facit injuriam*, *cum ex ipsius proposito nemini fuerit jus acquisitum*.

L' Ordinanza, *art.* 14, stabilisce adunque con ragione, che i minori ed altri privilegiati non possano essere restituiti in intiero, neanche sotto pretesto dell'insolvibilità de' loro tutori, contro la mancanza di accettazione di una donazione che fosse loro stata fatta da alcuno che fosse morto dipoi, o che avesse cangiato di volontà. Perchè queste persone non avendo potuto acquistare alcun diritto, se non con l' accettazione, che manca, non v' ha alcun diritto che la restituzione possa loro rendere: il donante, nel cangiar di volontà, non avendo fatto che ritenere ciò che non aveva cessato di appartenergli, e far uso della libertà naturale che hanno tutti gli uomini di cangiar volontà, non ha fatto loro alcun torto che dia luogo ad esse di chieder contro di lui la restituzione in intiero. Ma in questo caso il minore può pretendere, contro il suo tutore, la valuta di ciò che egli ha mancato di acquistare a motivo della negligenza del suo tutore ad accettare la donazione prima che il donante avesse cangiato di volontà. Perchè, sebbene il minore non abbia giammai avuto alcun diritto che risultasse da questa donazione, e che non abbia in conseguenza perduta cosa alcuna, basta ch' egli abbia mancato di acquistare per negligenza del suo tutore, per esserne questi obbligato verso di lui. Quindi se il tutore avesse egli stesso fatta la donazione al suo minore, non potrebbe opporre la mancanza di accettazione; perchè se la donazione è nulla per mancanza di accettazione, egli è, nella sua qualità di tutore, risponsabile di non aver fatto nominare un curatore per accettarla.

Dal che la donazione non ha effetto, se non dal giorno dell' accettazione, ne segue che con l' accettazione della donazione la cosa donata passa al donatario col peso delle ipoteche, che il donante ha contratte nel tempo scorso fra la donazione e l'accettazione, e con tutti gli altri pesi che vi saranno imposti.

Egli è certo che la donazione non può aver effetto prima dell' accettazione a pregiudizio de' terzi, i quali avessero acquistato qualche diritto sulla cosa donata; ma quando non si tratta dell'interesse di questi terzi, si domanda se l' accettazione possa avere un effetto retroattivo al tempo della donazione; per esempio all' oggetto che se mi è donato un fondo prima del mio matrimonio, e che io abbia accettata la donazione dopo il matrimonio, questo fondo sia di mia proprietà nella comunione. Si dirà per l' affermativa, che l' accettazione, che io faccio, è una ratifica di quella che il notajo stipulante per me aveva digià fatta ricevendo l' atto che contiene la donazione. Ora, si dice, è proprio delle ratificazioni di avere un effetto retroattivo al tempo dell'atto ratificato. Al contrario in favore della negativa, si dirà, che la ratificazione di un atto, che avesse tutte le formalità, ed al quale non mancasse che il consenso della persona che lo ratifica, può avere un effetto retroattivo; ma la cosa è altrimenti allorchè questa accettazione è una formalità richiesta per la validità dell' atto. Si può bensì dare al consenso di una persona che ratifica un effetto retroattivo, supponendo che fin dal tempo dell'atto essa abbia voluto ed approvato tutto ciò ch' è stato fatto in suo nome; ma non si può dare un effetto retroattivo ad una formalità richiesta, nè supporla intervenuta prima ch'essa lo sia stata effettivamente. Invano si dirà che il donatario, accettando in seguito, si reputa avere fin dal tempo della donazione voluto ed accettato ciò che il notajo ha stipulato per lui: perchè si risponderebbe che invano si suppone ch'egli abbia voluto fin da quel punto accettare, giacchè la sola

volontà non è sufficiente a render perfetta la donazione, la quale oltre a ciò richiede che questa volontà sia espressa; e perciò l' atto non può essere riguardato come perfetto, senonchè dal giorno in cui fu fatta l' accettazione. Perciò l' Ordinanza, *art.* 5, dichiara di nessun effetto le accettazioni dei notaj stipulanti per gli assenti, e proibisce ai notaj di fare tali stipulazioni nelle donazioni.

Dal che la donazione non comincia ad aver il suo effetto che dal giorno dell' accettazione, ne segue che l' Ordinanza a ragione ha deciso, che tale accettazione debba esser fatta in vita del donante, perchè la donazione non avendo effetto che dal giorno ch' è accettata, il donante è riputato soltanto da quel giorno avere donato e consumato la sua donazione, e perciò bisogna ch' egli sia vivente; perchè non si può più fare cosa alcuna dopo la morte. La donazione essendo una convenzione, essa si forma col concorso delle volontà del donante e del donatario. L' accettazione che si fa vivendo il donante, forma questo concorso; perchè il donante che non ha esternato di aver cangiato di volontà, è riputato perseverare sempre nella volontà ch' egli aveva per l' avanti dichiarata di far la donazione; ma l' accettazione che si fa dopo la morte del donante, non può più formare questo concorso, giacchè una persona morta non ha più volontà.

Da questi principj segue, che l'accettazione non può farsi non solo dopo la morte del donante, ma nè anche dopo che egli abbia perduto l' uso della ragione, o che senz'averlo perduto, egli sia divenuto d' altronde incapace di far donazione. Imperciocchè al tempo dell' accettazione non si può più supporre il concorso delle volontà del donante e del donatario, necessarie per formare la donazione, se in questo tempo il donante è incapace di volontà: invano al tempo dell' accettazione si supporrebbe perseverare nella volontà di far donazione. Per esempio, se fosse allora interdetto, se si fosse maritato colla persona del donatario, l' accettazione non avrebbe effetto; perchè siccome in questo tempo la donazione riceve la sua perfezione, egli è evidente che altresì in questo tempo è richiesta la capacità a far donazione.

Ella è ancora una conseguenza dei nostri principj, che siccome l' accettazione non può farsi, se non in vita del donante, essa non possa farsi che durante la vita del donatario, da lui stesso o dal suo procuratore, e che il suo erede non possa accettarla dopo la sua morte, come lo ha male a proposito inferito Lalande. Ciò risulta evidentemente da'nostri principj.

Affinchè abbia luogo il concorso delle due volontà necessarie a formare la donazione, bisogna che la persona stessa, cui il donante vuol far la donazione, l' accetti. Allorchè la donazione fosse accettata dall' erede, non l' accetterebbe la persona, cui il donante vuol far donazione, giacchè questi ha pensato al defunto, e non al suo erede; e perciò non v' è il concorso delle due volontà necessarie per formar la donazione. Invano si dirà che l' erede rappresenta il defunto, ed è stimato essere la stessa sua persona; perchè ciò è vero soltanto quando l' erede è succeduto ai diritti del defunto. Ma il defunto essendo morto prima dell'accettazione, non aveva alcun diritto risultante dalla donazione, giacchè poteva acquistarne soltanto col mezzo della accettazione; a questo riguardo egli non ha dunque potuto trasmetterne alcuno al suo erede, e per conseguenza questi non può in ciò rappresentarlo, nè accettare la donazione.

Segue ancora da'nostri principj, che al tempo dell' accettazione il donatario deve esser capace di accettar donazioni; perchè la donazione formandosi in questo tempo, alla stessa epoca il donatario deve esserne capace.

Da ciò deesi forse sempre conchiudere, che se il donatario, nel tempo intermedio fra la donazione e l' accettazione divenisse il medico o il procuratore del donante, la donazione non sia valida? Io credo di no. Perchè l' incapacità del medico, del procuratore e di simili persone non essendo una incapacità assoluta e pronunziata dalla legge, ma una incapacità impropriamente detta, e che risulta dalla presunzione, la quale na-

sce dalla qualità di queste persone, che questa donazione sia stata strappata col mezzo del loro ascendente sopra lo spirito del donante, questa incapacità non deve più esser considerata, allorchè questa presunzione cessa, e che il donante abbia fatta la donazione prima che il donatario avesse avuta questa qualità, che poteva dargli dell' ascendente sopra lo spirito del donante.

Ci resta ora a veder da chi l' accettazione possa essere fatta. Essa può farsi o dal donatario stesso, o dal suo procuratore, sia speciale, sia generale (Ordinanza del 1731, *art.* 5); dal suo tutore, dal suo curatore o altro amministratore. Un'accettazione fatta da qualunque altra persona non munita di procura, e che dichiarasse di far le veci del donatario assente, non sarebbe valida; e la donazione non sarebbe valida che dal giorno della ratificazione espressa, che ne facesse il donatario in virtù di un atto avanti notajo, di cui deve rimaner copia originale. Ordinanza del 1731, *art.* 5.

L'accettazione contenendo un consenso, ne segue che i fanciulli ed i pazzi, a' quali vien fatta una donazione, non possono accettarla da loro stessi, ma i loro tutori o curatori possono accettarla per essi. Ordinanza del 1731, *art.* 7.

È pure permesso dal detto articolo ai genitori del donatario minore o interdetto, quand' anche essi non abbiano la qualità di tutori o curatori, come pure agli altri ascendenti, vivendo anche i genitori del donatario, di accettare pel donatario minore o interdetto la donazione che gli è fatta, come potrebbe farlo un testatore.

L'Ordinanza permettendo a queste persone di accettar le donazioni fatte ai minori ed interdetti, non esclude che i minori e gl'interdetti che hanno l' uso della ragione, come sono gl'interdetti per causa di prodigalità, ed i minori in pubertà o prossimi alla pubertà, possano accettare essi stessi le donazioni che loro sono fatte.

Egli è pure evidente, che le comunità non potendo accettare da se stesse le donazioni che sono loro fatte, quest' accettazione deve esser fatta dalle persone preposte all' amministrazione degli affari di queste comunità, come per esempio da un sindaco. Se la donazione è fatta ad un ospedale, essa sarà accettata da' suoi amministratori; se è fatta per la fondazione di qualche servizio divino in una parrocchia o per la sussistenza de' poveri, l' accettazione sarà fatta dai parrochi della stessa parrocchia. Ordinanza del 1731, *art.* 8.

Ci resta da osservare, circa l' accettazione, che essa è necessaria soltanto per le donazioni dirette. Le donazioni fedecommissarie, benchè fatte con un atto di donazione tra vivi, non han bisogno di essere accettate dalle persone cui sono fatte, le quali sono per lo più incerte al tempo dell' atto. Perciò l' Ordinanza del 1731, *art.* 11, dice che esse saranno valide in virtù dell' accettazione del primo donatario, cui è stata fatta la donazione diretta coll'obbligo di restituirle, senza che faccia d' uopo alcuna accettazione per parte delle persone cui debbono essere restituite.

Allorchè una donazione è fatta ad alcuno ed a' suoi figli nascituri, essa è stimata fatta direttamente a lui, e contenere un fedecommesso a favore de' suoi figli; e per conseguenza la sua accettazione basta a render la donazione valida anche riguardo ai figli nascituri. Lo stesso dicasi allorchè una donazione è fatta ai figli nati e nascituri da alcuno. I figli nati sono i soli donatarj diretti, e la loro accettazione basta. I nascituri sono stimati chiamati in forma di fedecommesso, a misura che nasceranno, ad una porzione virile delle cose donate.

Le instituzioni per contratto non hanno bisogno di accettazione.

Le donazioni tra vivi, benchè dirette, allorchè sono fatte in virtù di contratto di matrimonio, non sono soggette alla solennità dell' accettazione (Ordinanza del 1731, *art.* 10), perchè il favore de' contratti di matrimonio fa dispensare da ogni formalità le disposizioni che in essi sono contenute.

Finalmente le donazioni di mobili corporali, allorchè vi ha tradizione reale, non sono soggette ad alcuna formalità, giacchè si può anche non formarne alcun atto.

Le leggi romane riconoscevano una

specie di liberalità, la quale obbligava in certi casi il donante senza alcuna convenzione col donatario, e per conseguenza senz' accettazione; il che era chiamato dalle leggi *pollicitazione*, che si definisce *solius offerentis promissum*. Queste promesse quando riguardavano qualche pubblico vantaggio, o che contribuivano all' abbellimento di una città, o quando avevano avuto un principio di esecuzione, o, anche senza di questo, allorchè erano state fatte in conseguenza di qualche onore o magistratura deferita a colui che aveva fatta la promessa, erano obbligatorie. (*Vedi il titolo* de pollicitationibus *nelle nostre Pandette.*)

Ricard riferisce alcune decisioni, in forza delle quali pare che queste promesse fossero state ammesse nella nostra giurisprudenza; ma esse sembrano in oggi rigettate dall' Ordinanza del 1731, *art.* 5, il quale dice, in termini precisi, che anche le donazioni fatte a favore della chiesa, o per cause pie, non potranno obbligare il donante se non dal giorno, in cui esse saranno accettate, poichè dall' aver l' Ordinanza dichiarato che non eccettuava dalla necessità dell' accettazione anche per causa pia, si può conchiudere che secondo il suo spirito non se ne debba eccettuare alcuna; e perciò neppure quelle che avrebbero per causa l' abbellimento delle città, o qualche pubblico vantaggio.

ARTICOLO II.

Della tradizione e dell' irrevocabilità.

Ella è cosa costante, secondo il nostro diritto francese sopra le donazioni tra vivi, che *donare e ritenere non vale*. Questa massima è inserita in molti Statuti (*Parigi, art.* 273, *Orleans, art.* 283). Essi ne danno nel tempo stesso la spiegazione: *Il far donazione e ritenere ha luogo, quando il donante si è riservata la facoltà di disporre liberamente della cosa donata, o che ne rimane in possesso fino al giorno della sua morte.* (*Parigi, art.* 274, *Orleans, art.* 283). Due cose adunque si richieggono, secondo questa massima, per la validità delle donazioni: la tradizione della cosa donata, e l' irrevocabilità perfetta. 1.° Lo Statuto stabilisce la necessità della tradizione, allorchè dice ch è *donare e ritenere quando il donante rimane in possesso*. 2°. Il medesimo Statuto di Orleans dice altrove, *art.* 276, che la donazione è valida, purchè al tempo di essa i donanti ne investano i donatarj.

È chiara la ragione per cui il nostro diritto ha richiesto la necessità della tradizione, come pure quella della irrevocabilità per render valida la donazione. Secondo lo spirito del nostro diritto francese, i beni deggiono rimanere nelle famiglie, e passare agli eredi. Le loro disposizioni sopra i beni proprj e sopra le riserve statutarie lo fanno abbastanza conoscere. In conseguenza di ciò, siccome non si potevano giustamente spogliare i particolari del diritto che ciascuno ha naturalmente di disporre delle proprie cose, e per conseguenza di fare donazione tra vivi, le nostre leggi hanno giudicato a proposito, conferendo ai particolari questo diritto di porre un freno che ne rendesse loro l' esercizio più difficile. Perciò hanno ordinato, che nessuno potesse validamente disporre senza che si fosse privato della cosa donata fin dal tempo stesso della donazione, e che non si privasse per sempre della facoltà di disporre, affinchè l' attaccamento naturale, che si ha per ciò che si possiede, e l' avversione che si ha di privarsene, rimovessero dal far donazioni.

D' altronde la perfetta liberalità, la quale fa sì che il donante preferisca il donatario a se stesso per la cosa donata, forma, come l' abbiamo già detto, il carattere delle donazioni tra vivi; ora ella è una conseguenza di questa preferenza che il donante se ne privi a favore del suo donatario. Questa privazione è adunque della natura delle donazioni tra vivi.

1. *Della tradizione.*

Gli Statuti sono differenti sopra la qualità della tradizione. Ve ne sono di quelli che ne dimandano una solenne sotto differenti nomi. Altri domandano una tradizione reale, e non riconoscono per valide le donazioni,

nelle quali è intervenuta soltanto una tradizione simulata, come è quella che risulta dalla ritenzione dell' usufrutto. Negli Statuti di Parigi e di Orleans le donazioni sono valide, sia che la tradizione sia stata reale, sia ch' essa sia stata soltanto simulata.

Si sa abbastanza cosa sia la tradizione reale; allorchè io faccio passare una cosa mobiliare dalla mia mano in quella di un altro coll' intenzione di abbandonargliene il possesso, o che colla stessa intenzione io cedo una casa o una tenuta a favore di un altro che subentra al mio posto; questa è una tradizione reale.

Si chiama tradizione simulata qualunque maniera di far passare ad alcuno la possessione di una cosa senza che intervenga tradizione reale. Per esempio, allorchè facendo donazione di un fondo ad alcuno, io lo ritengo a titolo di affitto, ella è una tradizione simulata; perchè rimanendo nel fondo e per conseguenza senza che intervenga la tradizione reale, io ne faccio passare il possesso a questo donatario. In fatti, siccome noi possediamo non solo le cose che abbiamo noi stessi, ma pur anche quelle che sono affidate a' nostri fittajuoli, e che un fondo non è propriamente posseduto da colui che lo tiene in affitto, ma da colui che lo dà in locazione, ne segue che il donante, rendendosi con una clausola della donazione il fittajuolo del donatario a motivo del fondo che gli dà, senza uscire dal detto fondo, egli cessa di possederlo e ne trasferisce realmente il possesso al donatario.

La stessa cosa è circa la clausola di ritenere l' usufrutto, sia in un contratto di vendita sia in un contratto di donazione. Perchè siccome un usufruttuario non possiede la cosa di cui ha l' usufrutto, come cosa a sè appartenente, ma come cosa altrui, egli non la possiede in alcun modo, ma bensì colui da cui la tiene in usufrutto; dal che segue che il venditore o donante, rendendosi col mezzo di questa clausola l' usufruttuario della cosa ch' ei vende o dona, ne trasferisce il possesso all' acquirente dal quale egli riconosce di tenerla a titolo di usufrutto.

Queste ed altre simili maniere di trasferire il possesso sono chiamate tradizioni simulate, perchè non contengono effettivamente alcuna tradizione reale. Si suppone soltanto intervenuta, perchè esse producono lo stesso effetto di trasferire il possesso come se fosse effettivamente intervenuta.

Gli Statuti di Parigi e di Orleans dichiarano formalmente, che queste tradizioni simulate sono sufficienti per la validità delle donazioni allorchè dicono: *Non si chiama donare e ritenere quando si fa donazione della proprietà di qualche fondo, di cui si ritenga l' usufrutto a vita o a tempo determinato, o quando vi ha clausola di costituito o precario, e questa tale donazione è valida* (*Orleans, art.* 284; *Parigi, art.* 275).

Si chiama clausola di costituito quella colla quale il donante dichiara di ritenere il fondo dal donatario, ed esserne in possesso soltanto in suo nome, sia come fittajuolo, sia come inquilino, o in qualunque altro modo.

La clausola del precario è quella colla quale il donante non ritiene il fondo dal donatario che precariamente, vale a dire per sua pura grazia, e coll' obbligo di rimetterglielo ogni volta che glielo dimanderà.

Quand' anche non fosse detto espressamente che il donante ritiene l' usufrutto della cosa donata, ma soltanto che l' acquirente non entrerà in possesso che ad un tempo determinato, Ricard è di sentimento che ciò significhi ritenere l' usufrutto fino a questo tempo.

Lo Statuto di Orleans fa menzione di un' altra specie di tradizione simulata. Esso dice, *art.* 278, *che la clausola di spogliazione e d' investimento davanti un notajo equivale alla tradizione di fatto, senza che vi si richiegga altra dichiarazione.* Affinchè questa tradizione simulata abbia luogo, bisogna 1.° che colui che si spoglia in forza di questa clausola, sia veramente in possesso del fondo che egli aliena, perchè non può spogliarsi di una cosa che non possiede; 2.° bisogna che le parti non facciano in seguito cosa alcuna contraria a questa clausola; perchè se, non ostante que-

sta clausola, il donatario soffrisse che il donante rimanesse posteriormente in possesso della cosa donata, questa clausola sarebbe di nessun effetto, e la donazione sarebbe nulla per la ragione che *donare e ritenere non vale.*

Questa specie di tradizione simulata, la quale risulta dalla semplice clausola di spogliazione ed investimento, è particolare al nostro Statuto di Orleans. Perciò affinchè essa abbia luogo, bisogna non solo che si tratti di fondi soggetti allo Statuto di Orleans, ma bisogna pure, secondo Molineo, che l'atto sia stato formato nella sua giurisdizione: *Dummodo sit facta Aureliae*, egli dice nella sua nota sopra l'*art.* 217 dell'antico Statuto, da cui questo è tratto, *secus si de terris sitis Parisiis.*

Adunque ne' paesi regolati da altri Statuti, vi bisogna altresì, in mancanza di tradizione reale, qualche clausola di riserva di usufrutto, di costituito, di precario, e non basta la clausola di spogliazione ed investimento.

Bisogna osservare che secondo Molineo la tradizione, sia reale sia simulata, non è necessaria che nelle donazioni pure e semplici e non nelle donazioni condizionali, e neppure in quelle la cui esecuzione in virtù del contratto è trasferita ad un determinato tempo. Egli pensa che queste sorte di donazioni sieno valide e che il donante non sia riputato *donare e ritenere*, benchè egli ritenga la cosa donata fino al tempo fissato per l'esecuzione. Perchè, secondo lui, si chiama *donare e ritenere*, quando il donante ritiene la cosa donata contro il disposto della donazione, e non già allorchè la ritiene in esecuzione della legge apposta alla donazione. Ecco le sue parole; spiegando che *donare e ritenere non vale*, egli dice: *Haec consuetudo intelligitur quando fit contrarium donationis, ut quia proprietas datur de praesenti . . . . Secus si datur post obitum, quia interim non potest peti, nec potest tradi, et sic non retinetur datum.* Questo sentimento di Molineo non pare poter essere adottato nel nostro Statuto, il quale porta espressamente che bisogna che al tempo della donazione il testatore si privi della cosa donata.

Benchè le cose incorporali non sieno suscettibili nè di possesso nè di tradizioni propriamente dette, nondimeno la donazione di queste sorta di cose non è dispensata dalla necessità della tradizione; e deve intervenire ciò che equivale alla tradizione riguardo a queste sorta di cose, affinchè la donazione sia valida. Perciò, siccome riguardo ai creditori la significazione del suo trasporto, che fa il cessionario al debitore del credito, l'investe ed equivale alla tradizione, secondo l'*art.* 108 dello Statuto di Parigi, ch'è adottato generalmente, ne segue che affinchè la donazione di un credito sia valida, bisogna che il donatario la significhi al debitore.

Bisogna aver ricorso alla medesima specie di tradizione, allorchè alcuno fa donazione di un fondo, di cui egli non è in possesso; siccome in questo caso non può esservi luogo nè alla tradizione reale nè alle simulate, di cui si è parlato qui sopra, e il di cui effetto è di trasferire il possesso, giacchè il donante che non lo ha egli stesso non può trasferirlo, la significazione fatta dal donatario al possessore del fondo della donazione, che glien'è fatta con intimazione di abbandonarlo, tien luogo della tradizione del diritto che il donante aveva di rivendicarlo, e rende valida la donazione che ne è stata fatta.

Se la donazione è di una somma o di una rendita, di cui il donante si costituisce debitore verso il donatario, una tale donazione non è suscettibile di alcuna tradizione, e l'obbligazione irrevocabile di pagarla, che il debitore contrae col mezzo della donazione, basta per render valida tale donazione.

Ci resta da osservare, sopra la necessità della tradizione, che, secondo Ricard, la mancanza di tradizione non può essere opposta dal donante, il quale può sempre essere costretto a farne la cessione, e che questa mancanza può essere opposta soltanto dai suoi eredi e dai terzi. Ciò soffre difficoltà nel nostro Statuto, il quale dice in termini generali che, affinchè la donazione sia valida, bisogna che

al tempo della donazione il debitore si privi della cosa donata. Perciò, Lalande, sull' *art.* 283, dice formalmente che in mancanza di clausola di tradizione simulata, il donatario non può agire personalmente contro il donante, affinchè venga condannato al rilascio de' mobili o immobili da lui promessi. Ed altrove dice che, in forza del nostro Statuto, conforme in ciò all' antico diritto romano, il semplice patto o promessa di far donazione non è punto obbligatorio.

Vi hanno però de' giureconsulti i quali opinano, che anche nello Statuto di Orleans la mancanza di tradizione non possa essere opposta dal donante, e che il donatario abbia azione contro di lui per farsi dare la cosa che gli ha donata; che questi termini, *purchè al tempo della donazione il donante si privi della cosa donata*, concernono soltanto l' irrevocabilità essenziale alle donazioni, e che significhino soltanto che dopo la donazione il donante non possa più pentirsi di aver fatta questa donazione; che del resto si reputa essersi privato sufficientemente della propria cosa col mezzo dell' azione ch' egli dà contro di lui allorchè si è obbligato a cederla, e che siccome si può dire in diritto, che *is, qui actionem habet ad rem, jam ipsam rem habere videtur*, parimenti si può dire che colui, il quale ha data un' azione contro di lui per costringerlo a cedere la cosa, possa riguardarsi come se l' avesse di già ceduta.

§ 2. *Dell' irrevocabilità delle donazioni tra vivi.*

L' irrevocabilità è il carattere essenziale e distintivo della donazione tra vivi, perchè ciò la distingue dalla donazione per causa di morte; dal che segue, che tutto ciò che colpisce questa irrevocabilità, è un vizio che annulla la donazione tra vivi, perchè ne distrugge la causa.

Ciò non deve intendersi assolutamente di qualunque irrevocabilità, ma, riguardo al donante, di quella che consiste nel togliergli la libertà di distruggere e neppur di alterare in alcun modo l' effetto della donazione. Del resto, non è cosa contraria alla natura delle donazioni tra vivi, ch' esse sieno rivocabili sotto qualche condizione accidentale, che non dipenda dalla volontà del donante; ed esse possono esser validamente fatte colla clausola di rivocazione sotto alcuna di queste condizioni.

In conseguenza dell' irrevocabilità noi diciamo essere dell' essenza delle donazioni tra vivi, che gli Statuti, spiegando la massima *donare e ritenere non vale*, dicono che si chiama donare e ritenere quando il donante si è riservata la facoltà di disporre liberamente della cosa donata. Perchè questa facoltà di disporne, ch' egli si riserva, impedisce che la donazione sia irrevocabile, e per conseguenza distrugge la sua natura e la rende nulla.

§ 3. *Varie conseguenze tratte dalla necessità della tradizione, e dell' irrevocabilità delle donazioni tra vivi.*

Da ciò segue, 1.° che non si può far donazione de' beni futuri, perchè questa donazione pecca, e per la mancanza di tradizione, giacchè il donante non può spogliarsi di ciò che non possiede ancora, e pel difetto d' irrevocabilità; perchè essendo in facoltà del donante di acquistare o no dei beni, egli rimane in libertà di dare o no effetto alla donazione.

2.° Che non si può far donazione sotto una condizione che dipenda dalla volontà del donante, neppure dei suoi beni presenti, nè di qualche cosa particolare; perchè questa donazione pecca per la mancanza d' irrevocabilità, essendo in facoltà del donante, col far mancare la condizione, di annullarne l' effetto.

3.° Che non si può donare col peso di pagare i debiti che il donante contrarrà in seguito: questa donazione pecca per la mancanza d' irrevocabilità; perchè il donante avendo la libertà di contrarne a suo talento, conserva la libertà di disporre de' beni donati, e di distruggere interamente l' effetto della donazione co' debiti che egli contrarrà. (*Ordinanza del* 1731, *art.* 16.)

4.° Che se la donazione è fatta col

peso di pagare i debiti che il donante contrarrà fino alla concorrenza però di una certa somma, la donazione non sarà in verità totalmente nulla, ma lo sarà fino alla concorrenza di questa somma, quand' anche il donante non avesse fatto uso di questa libertà e non avesse contratto alcun debito: perchè il donante avendo avuto la libertà di diminuire l' effetto della sua donazione fino alla concorrenza di tale somma, ne segue ch' essa non è stata irrevocabile fino alla concorrenza di essa, e per conseguenza è nulla fino a questa concorrenza. (*Ordinanza del* 1731, *art.* 16.)

Per la stessa ragione, se una persona avesse fatto ad alcuno donazione di tutti i suoi beni presenti, riservandosi però la facoltà di disporre o di testare di una certa somma, quandoanche fosse detto espressamente nel l' atto che tale somma, nel caso che non ne avesse disposto, resterebbe compresa nella donazione, nondimeno la donazione sarebbe nulla fino a concorrenza di questa somma, perchè fino a tale concorrenza non era irrevocabile.

5.° Che l' Ordinanza del 1731, *art.* 15, ha benissimo deciso, che la donazione de' beni presenti e futuri non era valida, quando anche il donatario fosse stato messo in possesso dei beni presenti, perchè questa donazione contenendo in se stessa il peso di pagare tutti i debiti che saranno contratti dal donante, essa è nulla per la mancanza d' irrevocabilità; giacchè il donante riservandosi la facoltà di obbligare il suo donatario ai debiti che contrarrà, si riserva con ciò indirettamente la libertà di annullare la donazione de' beni anche presenti, contraendo dei debiti che assorbiscano tanto i beni ch' egli acquisterà, quanto i presenti.

La giurisprudenza, prima dell' Ordinanza, era contraria a questa decisione, e si giudicava che la donazione non era nulla che pe' beni futuri; e che il donatario non era obbligato ai debiti contratti dopo la donazione, questi debiti essendo un peso de' beni futuri, ch' egli non aveva, e non de' presenti. (*Decisione del* 24 *maggio* 1713, *gennajo* 1719, *al* 7.° *Vol. del Giornale delle Udienze.*)

Ma il sentimento che ha adottato l' Ordinanza, e che è quello di Ricard, sembra più conforme ai principii perchè il donante che aveva fatta donazione de' suoi beni presenti e futuri, non aveva inteso far due donazioni, una de' suoi beni presenti, obbligando il donatario ai suoi debiti presenti, e l' altra de' suoi beni futuri, obbligandolo ai debiti ch' ei contrarrebbe. Ma non aveva inteso fare che una sola e medesima donazione, e per conseguenza il peso di pagare i debiti che egli avrebbe contratti, il quale era inerente a questa donazione, era, secondo l' intenzione del donante, un peso di tutto ciò di cui egli faceva donazione tanto in beni presenti che futuri.

La giurisprudenza, che prima dell' Ordinanza era contraria a questa decisione, non è stata abrogata che per l' avvenire. Perciò si deve anche in oggi decidere, riguardo alle donazioni de' beni presenti e futuri fatte prima della pubblicazione dell' Ordinanza dell' 1731, ch' esse sono valide pe' beni che il donante aveva al tempo della donazione.

Allorchè alcuno fa donazione tra vivi di una rendita costituita, di cui egli si fa debitore, la clausola apposta a questa donazione, che il donante non ne pagherà, sua vita durante, le annualità che a suo comodo, non è contraria al carattere d' irrevocabilità che deggiono avere le donazioni per esser valide; perchè questa clausola non conferisce al donante la facoltà di non esser debitore della rendita di cui ha fatto donazione; essa gli dà soltanto un' eccezione che ogni donante aveva in forza delle leggi romane: *Ne ultra quam facere potest exigatur.*

§ 4. *Eccezione riguardo alle donazioni fatte per contratto di matrimonio.*

Le donazioni fatte da qualsiasi persona per contratto di matrimonio ai conjugi o a quelli che nasceranno dal matrimonio, non sono soggette alle regole stabilite ne' paragrafi precedenti, e non possono essere impugnate di nullità per mancanza di tradizione o d' irrevocabilità.

Perciò 1.° l' Ordinanza del 1731, *art.* 17, decide che queste donazioni possono comprendere i beni futuri, e che allorchè la donazione per contratto di matrimonio comprende i beni presenti e futuri, il donatario ha la scelta o di accettare tutti i beni tali quali si trovano al tempo della morte del donante, obbligandosi a tutti i debiti, anche posteriori alla donazione, o di accettare i beni esistenti al tempo della donazione, obbligandosi soltanto ai debiti e pesi, ch' esistevano alla detta epoca.

2.° Che tali donazioni fatte per contratto di matrimonio possono essere fatte sotto quelle condizioni che dipendono dalla volontà del donante.

3.° Che possono esser fatte col peso di pagare i debiti ch' egli contrarrà.

4.° Che il donante può in tali donazioni riservarsi la facoltà di disporre di certe cose o di certe somme, e che allorchè egli muore senz' averne disposto, queste cose restano comprese nella donazione. (*Ordinanza del* 1731, *art.* 18)

ARTICOLO III.

Dell' insinuazione delle donazioni.

Si chiama insinuazione la descrizione che è fatta dell' atto di donazione in un pubblico registro.

In forza del diritto romano, secondo le costituzioni di Costantino e di Valentiniano, le donazioni,per essere valide, dovevano essere *insinuate*, allorchè esse eccedevano una certa somma. (Vedi *il nostro tit. delle Donaz. nelle nostre Pandette*)

Nel diritto francese la prima legge, che ve le ha assoggettate, è l' Ordinanza del 1539. Essa è stata confermata su questo punto da quella di Moulins, e finalmente da quella del 1731. Il motivo di queste leggi si è, che coloro i quali contratteranno posteriormente col donante, e quelli che accetteranno la sua successione che essi credessero di molta importanza, non sieno indotti in errore dall' ignoranza delle donazioni.

§ 1. *Quali donazioni sieno soggette all' insinuazione.*

Tutte le donazioni tra vivi, qualunque esse sieno, sono soggette all' insinuazione. L' Ordinanza del 1539 essendosi espressa in termini generali, si mosse questione se le donazioni rimuneratorie fossero comprese nella disposizione della legge. La ragione di dubitarne si era, che tali donazioni, fatte per dovere di una giusta riconoscenza non sono propriamente donazioni; perchè, secondo Giuliano, una donazione non è propriamente tale; se non quando alcuno dona senza avere altra ragione di donare, che quella di esercitare la sua liberalità: *Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti; et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificientiam exerceat. Haec proprie donatio appellatur*, *l.* 1, ff. *de donationibus.*

Questa questione venne decisa dalla dichiarazione proferita in interpretazione dell' Ordinanza del 1539, la quale porta che tutte le donazioni, benchè semplici, rimuneratorie, o altrimenti cagionate, sono soggette all' insinuazione. L'Ordinanza del 1731, *art.* 20, prescrive altresì che anche le donazioni rimuneratorie debbano essere insinuate.

Non v' era molto luogo a dubitare che le donazioni rimuneratorie, le quali contengono una vaga enunciazione di servigj incerti, dovessero esser soggette all' insinuazione; altrimenti sarebbe stato in facoltà del donatario e dei contraenti di eludere a loro volontà la disposizione dell' Ordinanza inserendo nell' atto questa clausola, la quale sarebbe in seguito divenuta di stile, ed avrebbe resa la legge senza effetto.

Vi sarebbe maggior difficoltà riguardo alle donazioni fatte per ricompensa di servigj certi e designati dall' atto di donazione. Nondimeno queste sono pure soggette all' insinuazione, se i servigj, in ricompensa de' quali la donazione è fatta, benchè costanti, sieno servigj non apprezzabili a prezzo di danaro, e pe' quali il donatario non avrebbe alcuna azione contro il donante per esserne ricompensato; perchè, sebbene una donazione fatta per ricompensa di tali servigj, non sia così perfetta quanto una donazione semplice, nondimeno essa è sem-

pre una vera donazione, giacchè il donante fa donazione senza aver bisogno di donare; ella è perciò *liberalitas nullo jure cogente facta*.

Che se i servigj, in ricompensa dei quali la donazione è stata fatta, fossero costanti ed apprezzabili a danaro, ma che il loro prezzo fosse inferiore in valore alla cosa donata, questa sarà pure una donazione, la quale per mancanza d' insinuazione è nulla, salvo al donatario il diritto di far uso delle sue azioni per farsi pagare del giusto prezzo de' resi servigj. Che se il prezzo di questi servigj è eguale al valore delle cose donate, in questo caso questa donazione rimuneratoria non ne ha che il nome; e benchè il notajo l' abbia qualificata tale, essa non è effettivamente rimuneratoria, ma bensì una donazione in pagamento, una vendita della cosa donata per la somma dovuta all' acquirente per lo prezzo de' suoi servigj; e per conseguenza un tal atto non è soggetto all' insinuazione.

Si è fatta la medesima quistione tanto riguardo alle donazioni onerose, quanto alle rimuneratorie; vi era la stessa ragione di dubitarne. Si diceva che queste donazioni onerose non sono propriamente donazioni perfette, essendo del carattere della donazione perfetta il non avere altra causa che quella di esercitare una liberalità. Nondimeno l'Ordinanza di Moulins assoggetta in termini formali all' insinuazione le donazioni onerose.

Ciò deve intendersi delle donazioni, i di cui pesi non sono apprezzabili a danaro, quali sono quelle fatte col peso di servigj e fondazioni pie, che l' Ordinanza del 1731, *art.* 20, dichiara per questa ragione esser vere donazioni soggette all' insinuazione.

Quand' anche i pesi fossero apprezzabili a danaro, se il prezzo è molto inferiore a quello della cosa donata, ella è ancora in questo caso una donazione che potrà essere annullata per mancanza d' insinuazione, riservando al donatario la sua azione per farsi pagare, s' egli ha adempito ai pesi.

Che se gli obblighi che il donante ha stipulati a suo favore, sono apprezzabili, e che il loro prezzo equivalga a poco presso il fondo donato non è una donazione, e per conseguenza non è necessaria l' insinuazione. In tal guisa è stato giudicato con decisione del 3 aprile 1716 (al 6 vol. del giornale) per una donazione fatta col peso di alimentare il donante, il valore delle cose donate non eccedendo il prezzo di quest' obbligo.

Si è dubitato, se le donazioni reciproche avessero bisogno d' insinuazione. La ragione di dubitarne era, che tali donazioni non ne avevano che il nome, ma erano piuttosto contratti interessati. L' Ordinanza di Moulins ha deciso ch' esse vi fossero soggette. Malgrado il testo formale di questa Ordinanza Ricard ha sostenuto che le donazioni reciproche, allorchè vi era perfetta eguaglianza, sia in ciò che era donato da una parte e l' altra, sia rispetto alle persone dei donanti, ch' erano ambedue in sanità, non fossero soggette all' insinuazione; perchè queste donazioni non ne avevano che il nome, giacchè in questo contratto ciascuno riceve tanto quanto dà. Tale sentimento di Ricard è manifestamente contrario al testo dell' Ordinanza di Moulins. Invano Ricard dice che l' Ordinanza non ha inteso parlare che delle donazioni reciproche ineguali, è dare un senso ridicolo a questa Ordinanza; quando si dice che assoggettando le donazioni reciproche all' insinuazione, essa vi assoggetta soltanto quelle che non sono perfettamente reciproche, ma quelle che lo sono soltanto *aliquatenus*. Perciò il sentimento di Ricard non è stato adottato, ed è altresì riprovato dall' Ordinanza del 1731, la quale dice che le donazioni reciproche sono soggette all' insinuazione, quand' anche sieno perfettamente eguali. La ragione si é, che quantunque le donazioni reciproche non sieno propriamente donazioni, e non contengano una vera liberalità, nondimeno basta che il donante si sia spogliato de' suoi beni, senza aver ricevuto in compenso che una speranza che non ha avuto effetto, per rinvenirvi il motivo dell' Ordinanza, che ha assoggettata le donazioni all' insinuazione. Perciocchè questo motivo tendendo a non indurre in errore gli eredi che accettassero la sua

successione, ed i terzi che contrattassero seco lui, ignorando che si sia spogliato de' suoi beni col mezzo delle donazioni, poco importa, per questa mira, che se ne sia spogliato a motivo di una perfetta liberalità, o di un dono scambievole, purchè egli se ne sia spogliato.

Si è domandato se le donazioni per contratto di matrimonio sieno soggette all'insinuazione. Benchè queste sieno dispensate dalle altre formalità delle donazioni, non sono però dispensate dall' insinuazione. Nondimeno bisogna a questo riguardo distinguere quelle che sono fatte ad uno de' conjugi da qualche ascendente, quelle che loro sono fatte da altre persone, e quelle che i conjugi si fanno tra loro.

L' Ordinanza del 1731, *art.* 19, eccettua le prime dalla necessità della insinuazione. Ricard era pure stato di questo sentimento. La ragione si è, che l' obbligo di dotare i figli essendo per parte degli ascendenti un obbligo naturale, queste donazioni non sono tanto considerate come donazioni, quanto come l' adempimento di un debito naturale. D' altronde i matrimonj essendo pubblici; e gli ascendenti, che maritano i loro figli, essendo riputati dotarli allorchè li maritano, queste donazioni non possono essere ignorate, e perciò non hanno bisogno della insinuazione per essere rese pubbliche.

Ricard aveva limitato il suo sentimento alle donazioni che sarebbero fatte *intra legitimum modum*, ma questa limitazione troppo scrupolosa non è stata adottata dall' Ordinanza.

Le donazioni, benchè fatte dagli ascendenti, fuori del contratto di matrimonio, sono soggette all' insinuazione, l' Ordinanza non avendo eccettuate che quelle fatte per tale contratto.

Però si potrebbe forse estender tale disposizione alle donazioni fatte da un ascendente per lo titolo chericale del donatario, allorchè esse non eccedono la somma necessaria per detto titolo, essendovi una grande parità di ragione.

Tale è pure la donazione fatta da un ascendente per la professione religiosa del donatario in un convento in cui è permesso di ricever doti, allorchè la donazione non eccede ciò che è permesso dare per queste doti. Per la stessa ragione le donazioni della seconda specie fatte per contratto di matrimonio, vale a dire quelle fatte a conjugi da altre persone non ascendenti, sono soggette all' insinuazione; perchè l' Ordinanza ha eccettuate soltanto quelle fatte dagli ascendenti, e che d' altronde non vi è la stessa ragione, non essendovi per parte dei collaterali ed estranei alcun obbligo naturale di donare.

Finalmente le donazioni per contratto di matrimonio della terza specie, cioè quelle fatte tra loro da' conjugi, sono soggette all' insinuazione.

Ma non vi si deggiono comprendere le convenzioni ordinarie de' contratti matrimoniali benchè contengano un titolo lucrativo. Tale è l' *aumento* nel paese di diritto scritto; e nel paese di diritto statutario la sopravvivenza vedovile (*douaire*), l' antiparte (*preciput*) di una certa somma sia in danaro sia in mobili. (*Ord. del* 1731, *art.* 21.)

La convenzione portante che i beni della comunione resteranno intieramente al superstite coll' obbligo di pagare una modica somma agli eredi del premorto, deve riguardarsi come una semplice convenzione, ed una legge del contratto di comunione piuttosto che una donazione, ed essa non è in conseguenza soggetta all' insinuazione.

Si è altresì giudicato che la convenzione portante che il conjuge godrà l' usufrutto de' beni del premorto, sia una convenzione matrimoniale piuttosto che una donazione, e per conseguenza non soggetta all' insinuazione. (*Decisione dell'* 8 *agosto* 1719.)

Bisogna osservare che sebbene le donazioni fatte da un marito a sua moglie per contratto di matrimonio, sieno soggette alla insinuazione, nondimeno gli eredi del marito non possono opporgliene il difetto (*Ord. del* 1731, *art.* 30). La ragione si è, che il marito, qual amministratore de' beni di sua moglie, essendo stato obbligato di farla fare, egli deve essere garante verso sua moglie di questo difetto; dal che segue, che gli eredi di

esso non sono ammissibili ad opporre un difetto di cui nella loro qualità di eredi sono garanti.

Nondimeno se nel paese di diritto scritto la donazione fosse stata fatta alla moglie per tenerle luogo di beni parafernali, siccome il marito non ha l' amministrazione di queste sorta di beni, che la moglie ha diritto di amministrare ella medesima senza il concorso di suo marito, egli non può essere a questo riguardo garante del difetto d' insinuazione, e per conseguenza la mancanza ne può essere opposta dagli eredi del marito. (*Ord. del* 1731, *art.* 30).

Le donazioni sono soggette all' insinuazione, qualunque sieno le cose che ne formino l' oggetto. Nondimeno le donazioni delle cose mobiliari ne sono dispensate in due casi. Il primo si è quando vi ha tradizione reale. La ragione è che i mobili non hanno seguito, e che il loro frequente commercio e la loro natura di passare successivamente in molte mani, obbliga a dispensare da tutte le formalità le disposizioni che si fanno di queste sorta di cose, allorchè sono seguite da tradizione reale. Il secondo caso si è allorchè non vi ha, in verità, tradizione reale, ma che il loro valore non eccede la somma di lire mille. La modicità in questo caso le ha fatte dispensare dalla necessità dell' insinuazione.

Si è domandato se la donazione dei beni futuri, fatta per contratto di matrimonio da persone non ascendenti, fosse soggetta all' insinuazione. Pare che non dovrebbe esserlo; perchè i motivi che hanno fatto stabilire l' insinuazione, non si rinvengono riguardo a queste donazioni, giacchè queste comprendendo cose che rimangono al donatario soltanto al tempo della morte del donante, coll' obbligo di tutti i debiti che saranno in quel tempo a carico del donante, non v' ha luogo a temere che esse possano indurre in errore pregiudiziale nè quelli che contratteranno in seguito col donante, nè i suoi eredi. Nondimeno la giurisprudenza ha assoggettate queste sorta di donazioni ed anche le instituzioni consensuali all' insinuazione. Lemaitre ne riferisce una ragione assai cattiva, dicendo ch' è sempre necessario che queste donazioni sieno pubbliche se non per quelli che contratteranno col donante, almeno per quelli che contratteranno co' suoi eredi presuntivi, calcolando sulla speranza della successione ch' essi ignoravano esser loro tolta col mezzo delle donazioni. Era miglior partito il tacere piuttosto che ammettere una ragione sì meschina. Bisogna piuttosto dire che gli eredi del donante non lasciano di aver interesse di conoscere queste donazioni, affin di non accettare la successione del donante. Perchè, quantunque accettandola essi abbiano pe' debiti un regresso contro il donatario fino alla concorrenza delle cose donate, hanno però un grande interesse di non accettarla, questo regresso non potendoli garentire dalle istanze de' creditori, essendo soventi di poco effetto o accompagnato da contestazioni.

Le donazioni sono soggette all' insinuazione, qualunque sieno le persone fra le quali sieno fatte. Bisogna però eccettuare quelle fatte al re. La ragione si è che le leggi obbligano i sudditi e non il sovrano. Egli non può dunque andar soggetto alla legge dell' insinuazione.

Viceversa, quelle fatte dal re non vi vanno soggette. La prima Ordinanza che ha stabilite le insinuazioni, che è quella del 1539, lo dice formalmente.

Del resto non bisogna conchiudere dai termini dell' Ordinanza, che le donazioni fatte sia da uno straniero ad un francese, sia da un francese ad uno straniero, non sieno soggette all' insinuazione; perchè, come lo osserva Ricard, le leggi esercitano il loro imperio sopra tutti i beni del regno. Lo straniero, rapporto alla disposizione o all' acquisto ch' egli fa di questi beni, vi è soggetto, e può a questo riguardo esser compreso sotto la denominazione di *nostri sudditi*.

§ 2. *Dove l' insinuazione debba essere fatta.*

Secondo le antiche Ordinanze l' insinuazione doveva farsi nelle cancellerie delle giurisdizioni reali del domi-

cilio del donante, e de' luoghi in cui le cose donate erano situate. Il re avendo, coll' editto del 1703, stabilite alcune cancellerie delle insinuazioni in ciascuna giurisdizione regia, le insinuazioni non hanno potuto più farsi nelle cancellerie ordinarie delle regie giurisdizioni, ed han dovuto farsi in queste nuove cancellerie. In seguito essendo stato permesso ai cancellieri delle insinuazioni di stabilire degli uffizj di circondario nelle giurisdizioni feudali, si mosse questione se le insinuazioni fatte in questi uffizj di circondario fossero valide. Questa questione fu decisa dalla dichiarazione del re del 19 novembre 1717, la quale prescrisse che le insinuazioni fatte, e che si farebbero in seguito in questi ufficj, fossero valide egualmente che se fossero state fatte alle cancellerie delle insinuazioni delle giurisdizioni reali.

In seguito colla dichiarazione del 7 febbrajo 1731 il re ha voluto, che le insinuazioni non potessero farsi che alle cancellerie delle insinuazioni stabilite presso i giudici regj rilevanti unicamente dalle corti, e che hanno giurisdizione regia.

Le leggi riguardanti i luoghi in cui l' insinuazione deve farsi, essendo state differenti secondo i tempi diversi, deve forse decidere la legge vigente all' epoca in cui la donazione è stata fatta, o quella in vigore nel tempo in cui si fa l' insinuazione? Deve decidere la legge vigente nel tempo in cui si fa l' insinuazione. La dichiarazione del 1731 dichiara nulle tutte le insinuazioni che si faranno in avvenire, e dice indistintamente: *Le insinuazioni delle donazioni che si faranno per l' avvenire.* L' uffizio che era competente al tempo della donazione avendo cessato di esser tale, non si può più fare l' insinuazione in un uffizio divenuto incompetente.

L' insinuazione dovendosi fare nella giurisdizione del domicilio del donante, s' egli lo ha cangiato, l' insinuazione deve forse farsi nel luogo del domicilio ch' egli aveva al tempo della donazione, oppure in quello del domicilio ch' egli ha al tempo della insinuazione? Ricard fa a questo riguardo una distinzione, cioè che se l' insinuazione è fatta nel tempo prescritto dall' Ordinanza, siccome in questo caso l' insinuazione ha effetto retroattivo al tempo della donazione, e divien valida fin da quel tempo, essa deve esser fatta nel luogo del domicilio che il donante aveva al tempo della donazione: se si fa dopo il tempo prescritto dall' Ordinanza, siccome in questo caso l' insinuazione non vale che dal giorno in cui è fatta, essa deve farsi al luogo del domicilio attuale del donante.

Riguardo alla disposizione della Ordinanza, la quale prescrive che le donazioni saranno pure insinuate ne' luoghi in cui le cose donate sono situate, egli è evidente che essa non può aver luogo per le cose le quali di loro natura non hanno situazione, come sono i mobili. Le donazioni de' mobili sono dunque soggette alla insinuazione nel luogo del domicilio soltanto.

Le cose incorporali neppure hanno situazione, poichè soltanto i corpi ne sono suscettibili; ora, tutti i diritti, tutto ciò *quae in jure consistunt*, è compreso fra le cose incorporali; dal che pare risultare, che le donazioni di tutte queste cose non sieno soggette che all' insinuazione del luogo del domicilio. Nondimeno siccome i diritti che si hanno su qualche fondo *jura in re*, come sono i diritti di usufrutto, di rendita territoriale, di canoni in derrate, sono in qualche modo come una parte dello stabile, la donazione di questa sorta di dritti è soggetta all' insinuazione nella giurisdizione del luogo in cui lo stabile è situato.

È forse la stessa cosa riguardo ai diritti *ad rem*? Per esempio, se alcuno avesse fatta donazione ad un altro del diritto ch' egli aveva di farsi rilasciare un fondo, la donazione dovrebb' ella essere insinuata al luogo ove è situato il fondo? Io credo di sì; perchè il disporre di un diritto che si termina e si risolve nel fondo, è lo stesso che disporre del fondo stesso.

Riguardo agli altri diritti e crediti che han rapporto a qualche cosa mobiliare, come pure riguardo alle rendite costituite, sieno perpetue, sieno vitalizie, la donazione di tali cose è soggetta all' insinuazione nel luogo del domicilio del donante, queste sorta

di cose non avendo alcuna situazione fissa. Vi sono però alcune rendite, le quali, a motivo dell' uffizio di pagamento che hanno in un certo luogo, sono stimate avere la loro situazione nel luogo in cui si trova quest' uffizio; tali sono quelle sopra l' *hôtel de ville* di Parigi ec. Dal che segue che le donazioni di queste rendite deggiono essere insinuate nella giurisdizione di questo luogo, come luogo della situazione delle cose donate.

Gli uffizj, benchè cose incorporali, sono riputati avere una situazione nel luogo in cui se ne fa l' esercizio, e per conseguenza la donazione di un uffizio dev'essere insinuata in questo luogo.

Si è fatta la questione se la donazione dei diritti di successione appartenenti al donante, o de' beni presenti del donante, dovesse essere insinuata al luogo in cui sono situati gli stabili compresi nella successione, o ne' beni donati. La ragione di dubitarne si è, che ne' diritti di successione una universalità di beni è considerata come una universalità de' corpi che la compongono. Nondimeno siccome i corpi che vi sono compresi sono realmente ed effettivamente donazioni dell' universalità che li comprende, bisogna dire che l' insinuazione debba essere fatta al luogo in cui sono situati.

Non è così della donazione dei beni che si troveranno al tempo della morte del donante. Siccome questa non comprende alcun corpo certo, perciò basta l'insinuazione del domicilio.

Allorchè da una terra e signoria, di cui si è fatta donazione, dipendono molti corpi o fondi situati in differenti giurisdizioni, Ricard e Lalande sono di sentimento che basti fare l' insinuazione nella giurisdizione del luogo in cui è situato il capoluogo. Questo sentimento è molto plausibile, perchè il capoluogo è rappresentativo di quanto ne dipende; nondimeno è cosa più sicura il fare l' insinuazione ne' differenti luoghi. Si potrebbe per avventura far uso in questo caso della distinzione che l' editto sulle pubblicazioni mette fra i feudi ed i fondi dati a censo, e dire che riguardo ai feudi basta il fare l' insinuazione nella giustizia regia, e che riguardo a' fondi a censo bisogna farla ne' differenti luoghi.

§ 3. *In qual modo e quando si debba fare l' insinuazione.*

L' insinuazione si fa trascrivendo ne' pubblici registri destinati a quest'effetto l' atto di donazione. Bisogna che l' atto medesimo di donazione vi sia trascritto; non basterebbe di trascriverne uno che la confermasse, a meno che l' atto di donazione non vi si trovasse intieramente inserito.

Del resto non importa da chi si faccia questa insinuazione. Ogni presentatore dell' atto può farla, quando anche non vi fosse autorizzato. Perchè la legge, ordinando quest' insinuazione, non ha avuto altra cosa in vista che di rendere pubblica la donazione. Si adempie a questa mira allorchè la donazione è trascritta nei pubblici registri, ed è perciò indifferente che l' insinuazione sia fatta da una persona o da un' altra, purchè venga fatta.

L' insinuazione dev' esser fatta nel corso de' quattro mesi seguenti il giorno della donazione riguardo alle persone e beni che sono nel regno, e nel corso di sei mesi per quelli che sono fuori del regno.

Allorchè la donazione è stata accettata *ex intervallo* con un atto differente, i quattro mesi non decorrono che dal giorno dell' accettazione; perchè la donazione non è perfetta che a datare da questo giorno; e la insinuazione non avrebbe potuto farsi precedentemente, giacchè l' insinuazione suppone necessariamente una donazione, e che non v' ha propriamente donazione prima dell' accettazione, ma un semplice progetto.

Che se una donazione è stata fatta sotto una condizione sospensiva, il tempo decorre dal giorno della donazione, e non già da quello della scadenza della condizione. La ragione si è, che ancorchè la donazione sia sospesa fino alla scadenza della condizione, nondimeno allorchè la condizione viene ad esistere, essa ha un effetto retroattivo, e la donazione è valida sin dal giorno del contratto,

secondo il principio di diritto comune a tutti gli atti tra vivi, che le condizioni di tali atti hanno un effetto retroatttivo al tempo del contratto. Perciò, la donazione condizionale essendo donazione fin dal tempo della sua data, ne segue che il tempo dell'insinuazione deve decorrere dal giorno della data, e non già soltanto da quello in cui la condizione ha esistito; altrimenti non si adempirebbe il disposto delle Ordinanze.

Allorchè il donante ha confermata la sua donazione con un susseguente atto, se il primo atto è valido, il tempo decorre dal giorno della donazione, e non da quello della conferma ch' è un atto inutile, il donante non potendo più disporre di ciò che ha cessato di appartenergli. Perciò non si deve distinguere, secondo Ricard, se questo atto sia rivestito delle forme richieste per le donazioni. Allorchè l' insinuazione si fa nel tempo prescritto dall'Ordinanza, essa ha un effetto retroattivo al tempo del contratto, vale a dire ch' essa è valida come se fosse stata fatta nel momento stesso del contratto. Dal che segue, 1.° che allorchè si fa nel tempo dell' Ordinanza, non importa che si faccia durante la vita o dopo la morte del donante. 2°. Che essa è valida anche riguardo ai terzi, i quali avessero contrattato col donante nel tempo intermedio fra la donazione e l' insinuazione. Questi terzi, per esempio, non potranno pretendere alcuna ipoteca sopra le cose donate, perchè la insinuazione risalendo al tempo della donazione, essi non ne hanno potuto acquistare sopra le cose donate, le quali fin dal tempo della donazione avevano cessato di appartenere al donante col quale hanno contrattato.

L' insinuazione che si fa dopo il tempo dell' Ordinanza, non è affatto inutile, purchè si faccia durante la vita del donante; ma essa non ha effetto che dal giorno della sua data; ed in ciò essa differisce da quella che si fa nel tempo dell'Ordinanza, il di cui effetto risale alla data della donazione.

Da ciò segue che la donazione non potrà essere opposta ai creditori, che avranno contrattato col donante nel tempo intermedio fra la donazione e quest' insinuazione fatta dopo il tempo prescritto, i quali potranno far uso delle loro ipoteche sopra le cose donate; e parimenti tutti gli altri terzi a favor de' quali il donante avesse dopo la donazione, nel detto tempo, disposto delle cose donate, o di qualche diritto sopra di esse, potranno similmente domandarle contro il donatario, che non potrà loro opporre la sua donazione. Ma il donatario nulla avrà a temere tanto per parte di quelli co'quali il donante contrattasse dopo l'insinnazione, che per parte degli eredi del donante.

Riguardo all'insinuazione fatta dopo il tempo dell' Ordinanza e dopo la morte del donante, essa sarà assolutamente nulla; perchè gli eredi del donante avendo una volta acquistato, per mancanza d'insinuazione, all' istante medesimo del donante, essi non possano più esserne spogliati colla insinuazione che in seguito ne fosse fatta.

L' insinuazione non può in verità farsi dopo la morte del donante, allorchè è trascorso il tempo dell' Ordinanza; ma quando essa si fa, poco importa che il donante abbia perduto la capacità di disporre. In questo caso la insinuazione è differente dall' accettazione. La ragione della differenza si è, che l' accettazione è necessaria per formare la donazione, la quale non può senza di questa esistere. Ora egli è evidente che essa non può più farsi in un tempo in cui il donante non può più disporre. La cosa è ben diversa riguardo all' insinuazione; essa non è richiesta per fare la donazione, ma soltanto per la sua pubblicità. La donazione ha tutta la sua forma intrinseca indipendentemente dall'insinuazione; essa è valida fra il donante ed il donatario. È perciò cosa indifferente che al tempo dell'insinuazione il donante abbia conservata o no la capacità di disporre; basta ch' egli l' abbia avuta al tempo della donazione.

Poco importa parimenti, purchè il donante viva, che l' insinuazione si faccia durante la vita o dopo la morte del donatario. (*Ord. del* 1731, *artic.* 26.)

§ 4. *Da chi possa essere opposta la mancanza d'insinuazione.*

L'insinuazione delle donazioni non essendo stata richiesta dalle Ordinanze che per renderle pubbliche, ed all' oggetto, come abbiam già detto, di non indurre in errore coloro che in seguito contrattassero col donante, e quelli che saranno chiamati alla sua successione; ne segue, che la mancanza d'insinuazione non può essere opposta dal donante, giacchè l' insinuazione è stata ordinata non già rapporto a lui, e ch'egli può avervi alcun interesse. D' altronde ciò è formalmente deciso dall'Ordinanza di Moulins, *art.* 58, la quale dice: *in mancanza della detta* (insinuazione) *saranno nulle e di nessun effetto tanto in favore dei creditori quanto dell'erede del donante*, e dall' *art.* 27, dell'Ord. del 1731.

Ad eccezione del donante tutte le altre persone hanno interesse alle nullità della donazione, e possono opporre la mancanza d'insinuazione, e sostenerla di nessun effetto per questa mancanza.

Non solo i creditori e gli acquirenti a titolo oneroso possono opporre a questa mancanza, ma pur anche i donatarj posteriori alla donazione ed i legatarj. L' Ordinanza del 1731, *art.* 27, lo decide in termini formali. È vero che la mancanza di pubblicità della donazione non fa loro correre lo stesso pericolo de' creditori e degli acquirenti a titolo oneroso, i quali contrattassero col donante, e dei suoi eredi, giacchè possono perdere la loro propria sostanza contrattando col donante reso insolvibile dalle sue donazioni, o accettando la sua successione divenuta onerosa; ma il loro interesse avendo una volta fatta stabilire la necessità dell'insinuazione per render valide le donazioni, tutti gli altri, benchè abbiano un interesse molto minore alla pubblicità delle donazioni, e che solo non sarebbe stato sufficiente per far pronunziare la legge, si prevalgono di questa legge, e sono ammessi ad opporre la mancanza d'insinuazione per l' interesse che vi ha uno, qualunque egli sia. Ora non si può negare che questo donatario posteriore non abbia un interesse di conoscere la prima donazione; perchè la cognizione ch' ei ne avesse avuta, impedendo di accettare la donazione posteriore che gliene sarebbe stata fatta, lo avrebbe preservato dal dispiacere di non avere una cosa che credeva appartenergli; dispiacere che non si prova allorchè non si cade in tale inganno.

Si può aggiungere, riguardo al donatario, che l'erede essendo debitore della cosa legata verso il legatario, questi può far uso dei diritti dell'erede suo debitore, e per conseguenza del diritto che ha l'erede di opporre la mancanza d'insinuazione per ritenere o rivendicare le cose donate.

Gli eredi del donante possono pure opporre la mancanza d'insinuazione. La ragione di dubitarne era, perchè un erede è obbligato di adempire a tutti gl'impegni contratti dal defunto: *cum succedat in omne jus defuncti.* Ma il pubblico interesse ha fatto decidere che gli eredi possono opporre questa mancanza, affinchè questo difetto di cognizione della donazione non faccia accettare agli eredi una successione onerosa, nella quale essi credevano che fossero compresi i beni donati dal defunto.

Per la stessa ragione, allorchè il marito ha fatta donazione tra vivi di beni acquistati in comunione, e ch'egli premuore, la sua vedova potrà al pari degli eredi opporre la mancanza d' insinuazione per la parte ch' essa ha diritto di pretendere nella comunione di questi beni; perchè essa ha interesse di averne cognizione per prendere il suo partito sopra l' accettazione della comunione.

Anche vivendo il marito, la moglie in caso di separazione, o gli eredi della moglie in caso di premorienza di essa, possono per la stessa ragione opporre tale mancanza.

Fa d'uopo osservare, che Lebrun va tropo lungi allorchè dice che la moglie e gli eredi possono opporre la mancanza d'insinuazione della donazione di questi beni, anche nel termine di quattro mesi dopo la donazione; perchè, dic' egli, la comunione essendo stata disciolta, benchè

prima de'quattro mesi, il marito, non essendo più il padrone nella comunione, non può perfezionare col mezzo dell'insinuazione la donazione che egli ha fatta di questi beni. La risposta si è, che l'insinuazione non appartiene propriamente alla perfezione, ma alla pubblicità della donazione. Questa è perfetta col solo contratto, ma è soggetta ad essere annullata riguardo al terzo, se il donatario non adempia al prescritto della legge, la quale esige l'insinuazione. Ma finchè non saranno spirati i quattro mesi, egli non è costituito in mora, e non deve perciò perdere l'effetto della donazione, giacchè l'insinuazione, ch'egli fa prima della scadenza del termine, ha un effetto retroattivo, come l'abbiamo veduto quì sopra.

Se il creditore o l' erede del donante avesse avuta cognizione della donazione, per esempio, se essi avessero rogato l' atto in qualità di notaj, se l' avessero sottoscritto come testimonj, potrebbero forse opporre la mancanza d' insinuazione? Io credo che sì. Perchè sebbene la ragione che ha fatto introdurre la necessità dell'insinuazione non si rinvenga a loro riguardo, nondimeno, avendo le Ordinanze introdotto questo mezzo per render pubbliche le donazioni, ciò non può adempirsi con equivalenza, e tutti coloro che hanno interesse alla pubblicità della donazione, qualunque sia la cognizione particolare che ne abbiano, sono ammessi ad opporsi a causa d'ignoranza, finchè la donazione non è pubblica col mezzo che la legge ha introdotto per la sua pubblicità. Si può ancora dire, che dopo che le Ordinanze hanno introdotta l'insinuazione per evitare che non si facessero donazioni simulate, risulta dalla mancanza d' insinuazione una presunzione che queste donazioni, che si vollero tener nascoste, sieno donazioni simulate; e quei medesimi che ne hanno cognizione, hanno diritto a formarne questo giudizio, e di opporne per conseguenza la mancanza d' insinuazione.

§ 5. *Quali eccezioni si possano o no opporre contro la mancanza d'insinuazione.*

La migliore eccezione che opporre si possa contro la mancanza d' insinuazione si è, che colui, il quale oppone la mancanza d' insinuazione, si trovi garante di questa mancanza verso il donatario. Ciò accade ogni volta che colui, il quale oppone la mancanza d' insinuazione, è stato l' amministratore de' beni del donatario, ed in questa qualità obbligato a fare l' insinuazione, oppure ancora allorchè colui, che oppone la mancanza d' insinuazione, è l' erede di questo amministratore, perchè in questa qualità egli succede agli obblighi di quello.

Per questa ragione l' Ordinanza del 1731, *art.* 30, decide che gli eredi del marito non potranno opporre la mancanza d' insinuazione delle donazioni ch'egli ha fatte a sua moglie; perchè il marito, quale amministratore de' beni di sua moglie, era in questa qualità obbligato di fare l' insinuazione, ed avendo mancato di averla fatta, egli è obbligato verso sua moglie ai danni ed interessi che ne risultano, il quale obbligo passa a'suoi eredi. Perciò sarebbe cosa contraddittoria che una persona opponesse la mancanza d'insinuazione, allorchè ella medesima è tenuta ai danni ed interessi che risultano da questa mancanza.

Per la stessa ragione, se un tutore ha fatto una donazione al suo minore, gli eredi di questo tutore non saranno ammissibili ad opporre la mancanza d'insinuazione; *art.* 3.

Parimenti se Pietro mi ha fatta donazione, il mio tutore, il mio curatore, il mio marito o il suo erede, il quale divenisse in seguito erede di Pietro, o che divenisse creditore di Pietro, non potrà nella detta qualità di erede o di creditore di Pietro opporrmi questa mancanza, perchè io replicherò che nella qualità ch'egli ha avuta di mio tutore, curatore o marito, egli è garante verso di me di questa mancanza.

Sembrerebbe risultare da ciò, che se in forza di un contratto di donazione il donante si è obbligato sotto pena di tutte le spese, danni ed interessi, di far fare egli stesso l' insinuazione, il suo erede non possa opporne la mancanza al donatario. Nondimeno l'Ordinanza, *art.* 37, decide il contrario, e vuole che una tale clausula

sia di nessun effetto. La ragione si è, che una tale clausola colla quale il donante, che non ha alcuna qualità per difendere gl' interessi del donatario, si obbliga a fare egli stesso l' insinuazione, pare non essere stipulata che per sottrarre il donatario dalla necessità dell' insinuazione, e per rendere la donazione segreta, e per conseguenza fatta in frode delle leggi che ordinano l' insinuazione. In fatti se questa clausola fosse permessa, sarebbe sempre permesso di eludere, per mezzo di tale clausola, l' Ordinanza, almeno per quanto concerne l' interesse degli eredi. Ora, ogni clausola posta in frode delle leggi non ha effetto.

La potestà di alcuno, sotto la quale è stato il donatario, gli dà bensì una difesa contro questa persona, sotto la cui potestà è stato, e contro gli eredi di essa che gli opporranno la mancanza d' insinuazione; ma non gli dà alcuna difesa contro i terzi, quand' anche la insolvibilità della persona, sotto la di cui potestà il donatario si è trovato, non gli lasciasse alcun regresso. Perciò i creditori del marito possono opporre alla moglie la mancanza di insinuazione delle donazioni che gli fossero state fatte da suo marito, benchè la moglie, durante il tempo in cui essa si trovava sotto la potestà maritale non abbia avuta la libertà di fare tale insinuazione. La moglie non ha in questo caso altro mezzo che quello di un' azione di regresso contro gli eredi di suo marito; e ciò quando anche tale azione fosse di nessun effetto per l' insolvibilità della di lui successione. Così vien deciso dall' *art.* 28 dell' Ordinanza del 1731. La ragione si è che l' interesse della pubblica sicurezza, il quale milita a favor de' creditori e degli acquirenti del donante, non permette che il donatario sia restituito in intiero, per qualunque siasi ragione, contro l' ommissione dell' insinuazione che quest' interesse esigeva.

Per la stessa ragione la mancanza d' insinuazione delle donazioni fatte ai minori od alla chiesa, può loro essere opposta quando anche l' insolvibilità de' loro tutori o altri amministratori non lasci luogo ad alcun regresso. (*Ord. del* 1731, *art.* 82.)

Un' eccezione legittima contro la mancanza d' insinuazione opposta dallo erede del donante, è se il donatario ha posseduto il fondo per lo spazio di trent' anni dopo la morte del donante; perchè il diritto che ha l' erede di opporre questa mancanza consiste in un' azione *utilis in rem*, e revocatoria dell' azione che la legge gli dà. Ora quest' azione è soggetta alla prescrizione comune delle azioni, come lo decide Ricard.

Invano si dice che nessuno può prescrivere contro il suo proprio titolo quando esso è vizioso ed imperfetto; e che perciò il donatario non può prescrivere contro il titolo della donazione, che si trova vizioso ed imperfetto per lo difetto d' insinuazione. Si risponde che la massima che non si può prescrivere contro il suo titolo, è in questo caso male applicata dagli autori che hanno trattata questa questione, la quale massima non ha luogo che per le prescrizioni all' effetto di acquistare. Per esempio, se una persona ha cominciato a possedere i beni in virtù di un contratto di affitto, oppure in virtù di una vendita fatta dalla chiesa senza le formalità richieste, essa non potrà in alcun tempo prescrivere contro il suo titolo, ed acquistare i beni, perchè que' titoli essendo viziosi non hanno potuto darle che un possesso vizioso, incapace di acquistare col mezzo della prescrizione la proprietà delle cose; ma questa massima che non si prescrive contro il proprio titolo, non ha luogo riguardo alla prescrizione all' effetto di liberare, la quale non ha il suo fondamento nel possesso di colui che prescrive, perchè riguardo a questa prescrizione si prescrive ogni giorno contro il suo titolo. Il debitore, da cui non si ripete il debito per lo spazio di trent' anni, prescrive contro il suo titolo, ed è liberato.

Questi principj essendo certi per risolvere la questione, altro non fa di uopo che sapere se la prescrizione, di cui abbiamo parlato, sia all' effetto di acquistare, o soltanto all' effetto di liberare. Ora egli è certo che essa è una prescrizione all' effetto di liberare; perchè l' atto di donazione è intrinsecamente valido indipendentemente dall' insinuazione, ed ha trasferito la proprietà della cosa donata al donatario.

Egli è vero che in mancanza d' in-

sinuazione questa proprietà non era irrevocabile a causa dell' azione rivocatoria *utilis in rem*, che la legge dà agli eredi del donante ed ai terzi per mancanza d' insinuazione; la prescrizione contro di questa mancanza di insinuazione, non è dunque una prescrizione che abbia l' effetto di fare acquistare al donatario la proprietà della cosa donata, giacchè egli l' aveva di già acquistata dal momento della tradizione che ha seguito la donazione: ella è soltanto una prescrizione all' effetto di liberare dalle azioni che la legge dà all' erede del donante ed ai suoi creditori. La massima che non si prescrive contro il suo proprio titolo, non riceve dunque applicazione in questo caso.

Risulta altresì dai principj che abbiamo stabiliti, che il tempo di questa prescrizione non decorre contro lo erede del donante che dal giorno della sua morte, e contro i creditori ed i terzi acquirenti che dal giorno in cui essi han contrattato con esso; perchè, secondo i nostri principj, la prescrizione contro la mancanza d' insinuazione essendo una prescrizione all' effetto di liberare il donatario dalle azioni, che la legge accorda contro di lui agli eredi e creditori del donante, essa non può decorrere che dal giorno in cui nascono queste azioni; perchè non si può prescrivere contro un' azione prima che sia nata. Ora, egli è evidente, che esse nascono soltanto dal giorno che noi abbiamo di già detto.

Il possesso avuto dal donatario, sia prima della morte del donante, sia prima del contratto fatto tra il creditore e il donante, non può purgare la mancanza d' insinuazione, benchè s' egli avesse posseduto queste cose senza titolo, le avrebbe potuto prescrivere; e questo è il caso in cui ha luogo la massima che non si prescrive contro il suo titolo, e che è meglio il non avere alcun titolo che di averne uno vizioso. S' ei le avesse possedute senza titolo, le avrebbe possedute *simpliciter*; ed un tal possesso nulla ha che lo renda incapace a produrre la prescrizione. Ma siccome la donazione è sottoposta all' obbligo dell' insinuazione, il possesso che gli dà la donazione, contiene l' obbligo dell' insinuazione, e per se stesso non può cessare di contenerlo, perchè un possesso, qualunque sia la sua durata, è sempre tale quale ha cominciato: *cum nemo sibi causam suae possessionis mutare possit*. Il possesso, benchè lungo, non può dunque per se stesso liberare il donatario dalla necessità dell' insinuazione; egli non ne può esser liberato, se non per l' estinzione dei diritti di coloro, cui la legge aveva data la facoltà di opporne la mancanza, i quali diritti si estinguono col non farne uso, vale a dire quando non ne avessero fatto uso per lo spazio di trent'anni dopo che hanno cominciato ad averli.

ARTICOLO IV.

Con quali atti le donazioni tra vivi debbono essere fatte.

L'Ordinanza del 1731, *art.* 1, prescrive che tutti gli atti di donazione tra vivi sieno stipulati avanti notajo, e che ne rimanga presso di lui l' originale minuta, sotto pena di nullità. Il motivo di questa legge è stato d' impedire le frodi, e non permettere al donante di far donazioni ch' egli possa a suo talento rivocare durante la sua vita, ritenendo presso di sè l' atto di donazione, o rimettendolo nelle mani di una persona confidente che avrà l' ordine di consegnarlo al donatario soltanto dopo la morte del donante, o quando lo giudicherebbe a proposito. Affine di togliere questo mezzo al donante, l' Ordinanza vuole che l' originale minuta della donazione rimanga presso un notajo, persona pubblica, di cui il donante non possa disporre. In difetto di ciò le donazioni divengono sospette di non aver il carattere d' irrevocabilità richiesto dalle nostre leggi nelle donazioni tra vivi, ed a motivo di questo sospetto esse sono dichiarate nulle.

Il donante può forse egli stesso opporre questa mancanza? Si può dire in favore del donante, che la legge pronuncia indistintamente la pena di nullità; che le nostre leggi avendo assoggettato il contratto di donazione ad alcune forme sotto pena di nullità, di cui una consiste nell' obbligo

di stipularlo davanti notajo, la donazione è nulla allorchè non è rivestita di queste formalità; che tuttociò che è nullo non può produrre alcuno effetto per ogni riguardo, e che perciò una donazione, cui manca questa formalità, non può nè trasferire la proprietà della cosa donata, nè obbligare il donante.

Da un' altra parte si può dire contro il donante, che l' Ordinanza pronunziando questa nullità per impedire le frodi, perchè questi atti sono sospetti di frode fatta alla legge riguardo all' irrevocabilità delle donazioni, ne segue che soltanto coloro contro i quali questa frode potrebbe esser commessa, vale a dire gli eredi del donante ed i terzi, sieno ammissibili ad allegare questa frode. L' Ordinanza del 1731 pronunzia indistintamente la pena di nullità per mancanza d' insinuazione; nondimeno si è sostenuto che questa mancanza non possa essere opposta dal donante.

Bisogna pertanto convenire che lo argomento non è concludente. L' insinuazione riguarda soltanto la pubblicità della donazione, la quale ha senza ciò tutta la sua forza. L' atto davanti notajo è richiesto per la forma medesima dell' atto; e perciò si deve riguardare la donazione come affatto nulla allorchè manca di questa formalità.

Rimane da osservarsi che questa disposizione dell' Ordinanza non ha luogo per la donazione delle cose mobiliari, allorchè vi ha tradizione reale; perchè in questo caso non bisogna alcun atto.

SEZIONE III.

Delle effetto delle donazioni tra vivi; de' casi ne' quali esse possono essere rivocate o soffrire qualche modificazione.

ARTICOLO PRIMO.

Dell' effetto delle donazioni tra vivi.

§ 1. *Dell' effetto della donazione rapporto al donante.*

L' effetto della donazione tra vivi rapporto al donante si è di spogliarlo della proprietà della cosa, di trasferirla al donatario col mezzo della tradizione che glien' è fatta.

Ma la donazione non contiene alcun' obbligazione di garantia per parte del donante, il quale è riputato disporre soltanto della cosa se essa gli appartiene. In ciò la donazione differisce dal contratto di vendita, nel quale il venditore si obbliga *praestare emptori rem habere licere.*

Allorchè il donatario è privato della cosa donatagli, sia dietro un' azione di rivendicazione, sia dietro una azione ipotecaria dei debiti degli autori del donante, non ha per ragione di tale evizione alcun regresso contro il donante. Ma può egli forse almeno domandare che il donante gli rimborsi le spese fatte all' occasione della donazione, come sono quelle del contratto, quelle degli aumenti fatti alla cosa, ed i quali essendo di puro lusso non gli sono rimborsati dal proprietario? La ragione di dubitarne si è, che il donante ha data occasione a questa perdita che soffre il donatario, disponendo imprudentemente di ciò che non gli apparteneva. Egli ha perciò colla sua imprudenza fatto un torto al donatario. Nondimeno questa ragione non è stata giudicata sufficiente per obbligarvi il donante, il quale per un contratto fatto soltanto a favore del donatario, non deve essere obbligato verso di lui *de culpa*, ma soltanto *de dolo*. Ma se sembra che il donante abbia fatta questa donazione maliziosamente affin di cagionar delle spese al donatario, sapendo che questi ne sarebbe bentosto spogliato, egli vi sarà obbligato: così decide la legge 18, § 3, ff. *de donat.*

Che se l' azione ipotecaria concerne i debiti del donante, il donatario avrà il regresso che hanno tutti coloro che pagano i debiti altrui, a meno che non fosse un donatario universale, il quale in questa qualità è obbligato di pagare i debiti del donante, come l' osserveremo qui appresso.

La donazione della cosa altrui non spogliando il donante di alcun diritto, giacchè egli non ne aveva alcuno, e non obbligandolo alla garentia della cosa, ne segue che a suo riguardo essa è senza effetto, e in questo senso appunto dice la legge, *res aliena vendi potest, donari non potest*; ed altrove: *donari non potest nisi quod ejus fit cui donatum est*; *l.* 9, § 3, *de don.*

Il donante non essendo obbligato alla garentia, ne segue che quando alcuno ha disposto della cosa altrui, il vero proprietario di essa, benchè sia divenuto l'erede del donante, è tuttavia ammissibile a rivendicarla, poiché la sua qualità di erede del donante non lo obbliga a far cessare questa domanda, giacchè il donante medesimo, se vivesse, non sarebbe obbligato di farla cessare.

La donazione della cosa altrui non ha ella riguardo al donante almeno l'effetto di renderlo inammissibile a rivendicare la cosa, se in seguito egli è divenuto l'erede del proprietario di essa? Io credo che sì: perchè se il donante non si obbliga alla garentia della cosa donata, se non si obbliga *praestare habere licere*, per lo meno si obbliga, *per se non fieri quominus habere liceat*. Egli non ha potuto, in verità, trasferire al donatario un diritto nella cosa donata ch' egli non aveva ancora; ma ha potuto e deve essere riputato aver voluto rinunziare in favore del donatario, a tutti i diritti che potrebbero un giorno appartenergli sopra questa cosa.

Rimane da osservarsi, che benchè il donante non sia obbligato per la natura della donazione alla garentia delle cose donate, egli può nondimeno obbligarvisi con una clausola particolare.

§ 2. *Dell' effetto della donazione rapporto al donatario.*

L'effetto della donazione tra vivi rapporto al donatario, consiste nel trasferirgli col mezzo della tradizione il diritto di proprietà, che il donante aveva sopra la cosa donata.

Se il donante non ne è proprietario, il donatario non può effettivamente acquistare subito col mezzo della tradizione la proprietà, che il donante non aveva, *cum nemo plus juris in alium transferre possit, quam ipse habet*; ma almeno la donazione gli dà, s'egli è di buona fede, il diritto o di prescrivere la cosa, o di acquistarne un giorno la proprietà col mezzo del possesso durante il tempo richiesto dalla legge: *Traditio ex causa donationis, si non transferat dominium, quod non habebat donator, tribuit saltem causam usucapionis.*

La donazione delle cose particolari non obbliga il donatario ai debiti del donante. Nondimeno se al tempo della donazione il donante sapeva o doveva sapere ch' ei non era solvibile, o che facendo la donazione non gli rimaneva di che soddisfare i suoi creditori, questi, in di cui frode la donazione è fatta, quand' anche non fossero ipotecarj, potranno farla rivocare col mezzo dell' azione pauliana, benchè il donatario non abbia avuto cognizione della frode del donante; ed in ciò i donatarj differiscono da coloro che acquistano a titolo oneroso, i quali non sono soggetti a questa azione se non quando hanno partecipato al consiglio di frode.

Riguardo a' donatarj universali dei beni presenti, essi sono tenuti ai debiti che aveva il donante all'epoca della donazione, a motivo che i debiti sono un peso de' beni, e che *bona non intelliguntur, nisi deducto aere alieno*. Essi possono però liberarsene, cedendo ciò che è stato loro donato. Se sono donatarj della totalità de' beni, essi sono tenuti della totalità dei debiti; se sono donatarj di una qualche porzione, come di un terzo o di un quarto, sono obbligati ai debiti in ragione della porzione di cui sono donatarj.

Un donatario è riputato donatario della totalità de' beni, e per conseguenza tenuto alla totalità dei debiti, benchè il donante abbia eccettuate dalla donazione molte cose particolari, qualunque sia il loro valore, e quand' anche queste formassero la maggior parte de' suoi beni; perchè il donatario li ritiene *non tanquam partem bonorum, sed tanquam res singulas*. Ora, il peso dei debiti è un

peso *non rerum singularum, sed universalitatis*, il quale passa in intiero al donatario.

Si comprendono sotto il nome di donatarj universali non solo i donatarj dell'universalità generale, ma altresì quelli della universalità particolare di una certa specie di beni, come sono i donatarj di tutto il mobile, o di una parte di tutti gli acquisti o de'beni proprj di una certa linea; ma per ciò fa d'uopo che queste donazioni sieno fatte *per modum universalitatis*. Quindi allorchè una persona non ha altri acquisti, senonchè due stabili, e che ne fa donazione ad alcuno, affinchè la donazione sia riputata universale, bisogna che l'atto di donazione dichiari ch'egli dona i suoi acquisti, i quali consistono in quella tale e tal altra cosa. Che se al contrario egli fa donazione del tale e tale altro fondo, la donazione non sarà universale, benchè non abbia altri beni acquistati fuorchè le cose donate; perchè egli non ne ha disposto *per modum universalitatis, sed tanquam rem singulares*.

Allorchè noi diciamo che i donatarj di una universalità particolare di beni sono donatarj universali, intendiamo parlare delle universalità, che formano una specie di patrimonio, e che sono attribuite nelle successioni ad una certa specie di eredi, come, per esempio, i mobili, gli acquisti, i beni proprj; ma colui che fosse donatario di tutte le case del donante, o di tutte le sue vigne o di tutt' i beni di campagna ec., non sarebbe donatario universale; perchè queste sono certe specie di cose, e non già certe specie di beni. Si dividono i beni in mobili, in acquisti, ed in beni proprj; ma non si sono giammai divisi in case, vigne, prati, ec. Queste donazioni adunque non sono che donazioni di cose particolari, le quali non contengono il peso del pagamento dei debiti.

Il donatario di una certa specie di beni è tenuto alla porzione dei debiti, dai quali è gravata la porzione dei beni di cui egli è donatario.

Per istabilire questa porzione bisogna sapere che il peso di pagare tutti i debiti, di cui l'universalità di tutti i beni è tenuta, si divide fra tutte le universalità particolari, delle quali è composta questa universalità generale, colla stessa proporzione di valore che queste universalità particolari hanno fra loro. Perciò se gl'immobili di una persona formano il doppio valore de'suoi mobili, gl'immobili deggiono esser gravati del doppio dei debiti; per conseguenza il donatario de'mobili sarà tenuto soltanto al terzo dei debiti.

Negli Statuti in cui i debiti mobiliari sono annessi ai mobili, come, per esempio, lo Statuto di Blois, il donatario de'mobili è obbligato a tutti i debiti mobiliari; ma in questi Statuti per regolare la contribuzione, il mobiliare è stimato sotto la deduzione dei debiti mobiliari, ai quali esso solo è obbligato.

I donatarj de' beni presenti non sono tenuti che a' debiti che il donante aveva al tempo della donazione, e non già a quelli ch' egli ha contratti dappoi; perchè questi debiti, ch'egli contrae dopo la donazione, non possono esser un peso dei beni che non appartengono più alla persona che contrae questi debiti; e non può essere in facoltà del donante, dopo ch' egli ha fatta donazione, di diminuirne l' effetto contraendo dei debiti.

Ma il donatario de' beni presenti è tenuto ai debiti contratti sotto condizione prima della donazione, benchè la condizione si verifichi posteriormente; perchè le condizioni hanno un effetto retroattivo al tempo del contratto, il che fa sì che questi debiti sono stimati aver esistito ed avere fatto parte de' pesi de' beni fin dal tempo della donazione; perchè effettivamente fin da quel tempo i beni ne erano gravati, non già *pure*, ma sotto la condizione sotto la quale essi erano stati contratti.

Allorchè la donazione fatta comprende i beni presenti e futuri, o semplicemente i beni che il donante lascerà al tempo della sua morte, il donatario è tenuto ai debiti ch' esistono all'epoca della morte, ed agli altri pesi della successione, come, per esempio, alle spese funebri.

Del resto vi passa questa differen-

za fra la donazione de'beni presenti e futuri e quella di una certa specie di beni, cioè che nella specie della prima donazione il donatario può liberarsi dai debiti e dagli obblighi posteriori alla donazione, limitandosi ai beni presenti (*Ord. del* 1731, *art.* 17); invece che nella seconda specie il donatario deve abbandonar tutto per liberarsene.

ARTICOLO II.

Della rivocazione delle donazioni a motivo della sopravvenienza di figli.

Esisteva altre volte la questione, se le donazioni fatte da una persona, che al tempo della donazione non aveva figli, fossero rivocate per la sopravvenienza di figli al donante. Il fondamento per l' opinione affermativa si trova nella legge 8 di Costantino e Costanzo, *Cod. de revocat. donat.*, che dice: *Si unquam libertis patronus filios non habens bona omnia, vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et postea susceperit liberos, totum quidquid largitus fuerat, revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum.*

Quelli che sostenevano la negativa pretendevano che questa legge non conteneva una decisione generale, e dover essere ristretta al caso di una donazione fatta da un padrone ai suoi liberti; che questi, i quali riconoscevano la loro esistenza dal loro padrone, dovevano essere più di ogni altro disposti a restituirgli i beni, di cui egli non avrebbe verosimilmente disposto, se avesse preveduto di avere un giorno de'figli; che se questa legge avesse formata una decisione generale, Giustiniano ne avrebbe fatta menzione nelle sue Istituzioni, il che egli non ha fatto; finalmente che sant'Agostino, parlando di Aurelio vescovo di Cartagine, il quale aveva restituiti alcuni beni donati alla sua chiesa da un donante, il quale aveva avuto dei figli, dice ch'egli avrebbe potuto ritenerli *sed jure fori*, *non jure poli* (*Decret. part.* 3, *causa* 17, *quaest.* 4, *can.* 43, *in fine*). Il che prova che la legge *si unquam* non era osservata come legge generale.

Malgrado queste ragioni l'opinione per l'affermativa ha prevalso già da gran tempo, ed essa è confermata dalla Ordinanza, *art.* 39. La ragione di questa giurisprudenza si è, che colui, il quale non avendo figli, fa una donazione tra vivi ad alcuno, la fa soltanto a motivo ch'egli è fermamente persuaso che non avrà prole; e che tale è la disposizione della sua volontà che se prevedesse di averne, non farebbe alcuna donazione; dal che si è desunta la conseguenza che la donazione doveva essere riputata contenere in sè una clausola tacita ed implicita di rivocazione nel caso di sopravvenienza di figli.

§ 1. *Quali donazioni sieno soggette a questa rivocazione.*

L'Ordinanza, *art.* 39, prescrive che qualunque donazione sia soggetta a rivocazione, di qualunque valore essa possa essere. Non importa perciò che la donazione comprenda tutt'i beni, o una parte di essi, o alcune cose particolari.

Si sarebbe potuto altre volte dubitare, se una modica donazione, avuto riguardo alle facoltà del donante, vi fosse soggetta. I termini della legge *Si unquam* 8, *Cod. de revocat. donat.*, sembrano designare soltanto le donazioni universali o per lo meno considerevoli, il cui oggetto formi una parte notabile de'beni del donante; perchè precisamente rapporto alle donazioni, che formano un cangiamento nella sostanza del donante, vi ha luogo a presumere che il donante non le avrebbe fatte se avesse preveduto di aver de'figli, e sembra che questa presunzione non vi sia allorchè la donazione è modica.

Bisogna però decidere che qualunque donazione, sia modica sia considerevole, è soggetta a questa rivocazione. I termini dell'Ordinanza sono precisi : *di qualunque valore sieno queste donazioni*, sieno esse modiche o considerevoli. Il motivo si è, che la nuova Ordinanza avendo avuto per iscopo principale di rendere più circoscritta la materia delle liti, ha creduto di non dover lasciar sussistere una differenza fra le donazioni modi-

che e le considerevoli, la quale produrrebbe delle controversie per giudicare quando una donazione debba essere riputata modica o considerevole.

Non si deggiono però comprendere nelle donazioni soggette a rivocazione alcuni piccoli regali di cose mobili.

Risulta pure dalla generalità de'termini dell'Ordinanza che vi è compresa la donazione di usufrutto al pari di quella fatta in proprietà.

2.° L' Ordinanza comprende nelle sue disposizioni le donazioni per qualunque titolo sieno fatte, ancorchè sieno reciproche. Ricard era di contrario sentimento, ed adduceva in suo appoggio che la donazione reciproca sembra essere piuttosto un contratto aleatorio non che una vera donazione, il donatario ricevendo i beni del donante non già gratuitamente, ma come il prezzo del pericolo che corre di fargli passare i suoi nel caso che venisse a premorire. Ora, diceva Ricard, soltanto le donazioni semplici vanno soggette a rivocazione in causa di sopravvenienza di figli. L'Ordinanza ha deciso il contrario, perchè vi ha la stessa ragione di presumere, riguardo alla donazione reciproca come riguardo alla semplice, che il donante non la avrebbe fatta se avesse preveduto di dover avere de'figli.

La donazione reciproca fatta da quello cui sono sopravvenuti de'figli, essendo rivocata, è forse altresì rivocata quella che gli è fatta dall' altro donante che non ne ha avuto? Io credo di sì; perchè questi avendo donato in considerazione della donazione che gli era fatta, questa donazione fattagli essendo rivocata, cessa la causa per cui egli aveva donato; in conseguenza vi ha luogo alla ripetizione, di cui si tratta al titolo del Digesto *de conditione sine causa.*

L' Ordinanza comprende nelle sue disposizioni le donazioni rimuneratorie, cioè quelle fatte pei servigj non valutabili a prezzo di danaro, o, supposto ch'essi lo sieno, per servigj che abbiano molto minor valore della cosa donata.

Osservisi che se la donazione è rivocata, in questo caso deve essere riservato al donatario il diritto di ripetere il pagamento de' suoi servigj.

Lo stesso dir si può riguardo alle donazioni onerose; esse sono soggette alla rivocazione, a meno che i pesi sieno valutabili a prezzo di danaro, ed eguaglino il valore delle cose donate; se sono di prezzo minore, la donazione sarà rivocata, ed il donatario avrà il diritto di farsi rimborsare le spese fatte in adempimento dei pesi annessi alla donazione.

Le donazioni consistenti in una remissione fatta al debitore, sono forse soggette a rivocazione? Bisogna rispondere affermativamente, allorchè questa condonazione è fatta per pura liberalità; perchè allora è una vera donazione, e l'Ordinanza comprende nella sua disposizione ogni specie di donazione per qualunque titolo essa sia fatta.

Che se sono fatte per un altro motivo, per esempio per transazione, per evitare una lite, o per contratto di accordo, onde porger meglio al debitore insolvibile il mezzo di pagare il soprappiù; in questi, ed altri simili casi la condonazione fatta al debitore non essendo una vera donazione, non deve esser soggetta a rivocazione.

Le donazioni, benchè per cause pie, sono soggette alla disposizione dell'Ordinanza, giacchè non ne sono eccettuate.

Quelle fatte a favore de'matrimonj ad uno de'conjugi vi sono pure soggette. L'Ordinanza lo decide espressamente. Si sarebbe potuto dubitarne a motivo che queste donazioni essendo quali condizioni del matrimonio, che avrebbe potuto non aver luogo senza di ciò, non deggiono facilmente rivocarsi. La risposta si è, che non viene fatto perciò alcun torto ai conjugi, i quali, conoscendo lo stato del donante, che non aveva figli, hanno dovuto sapere che la donazione, che loro faceva, era soggetta a rivocazione in caso di sopravvenienza di figli, e sono stimati averne voluto correre il rischio.

Nondimeno l' Ordinanza fa un'eccezione, assoggettando alla sua disposizione *anche quelle che fossero state fatte a favore del matrimonio;* essa

soggiunge, *da altre persone, fuorchè dai conjugi, o dagli ascendenti.*

Questi termini, *o ascendenti*, non sono troppo chiari; essi non possono riferirsi agli ascendenti de' conjugi; perchè l'ascendente di uno de' conjugi non è senza figli; e per conseguenza la donazione ch'egli fa, non ha bisogno di essere eccettuata dalla legge, la quale assoggetta a rivocazione, per la sopravvenienza di figli, le donazioni fatte dalle persone che sono senza prole. Con le parole, *o ascendenti*, bisogna intendere anche quelli che faranno in un contratto di matrimonio donazione ai figli che nasceranno, e di cui essi saranno gli ascendenti. Il senso di questa Ordinanza è adunque il seguente: Le donazioni sono soggette a rivocazione per sopravvenienza di figli, anche quelle fatte in favor del matrimonio da altre persone fuorchè da'conjugi fra essi, o da' conjugi ascendenti ai loro figli nascituri dal loro matrimonio. La ragione dell' eccezione, che per lo più si adduce, si è, che non si può dire che le donazioni, che i conjugi si fanno fra loro maritandosi, sieno fatte a motivo della loro persuasione ch'essi non avranno figli. Per lo contrario, giacchè essi si maritano, si deve presumere che credano di averne, poichè la procreazione de' figli è lo scopo principale del matrimonio. Questa ragione non è sufficiente, perchè essa potrebbe estendersi alle donazioni che i conjugi farebbero ad altre persone in favor del matrimonio; *puta*, ai figli nati da uno de'conjugi o al loro futuro suocero. Sembra però che l'Ordinanza abbia eccettuate soltanto quelle che i conjugi si fanno fra loro, o che fanno ai figli che sperano di avere, e di cui essi saranno gli ascendenti. Bisogna dunque a questa ragione aggiungerne un' altra, cioè che è cosa indifferente pe'figli il trovare i beni donati nella successione del donante o in quella del donatario, i quali sono egualmente interessati a conservar loro questi beni.

Riguardo alle donazioni fatte ai figli nascituri dal matrimonio, egli è evidente che il diritto della rivocazione stabilito in favor de'figli, non può ritorcersi contro essi stessi, nè per conseguenza aver luogo per le donazioni che loro son fatte.

La donazione fatta ad un ecclesiastico par servirgli di titolo clericale è forse soggetta alla disposizione della Ordinanza? Sì; perchè la legge è generale, nè questa donazione è eccettuata. Si potrebbe però sostenere, per l'interesse della Chiesa, che si debba lasciarne il godimento al donatario finchè sia provveduto di un beneficio: *Ne ad dedecus Ecclesiae clericus mendicare cogatur.*

Prima dell'Ordinanza facevasi quistione, se la donazione che conteneva una clausula espressa ch'essa non potesse essere rivocata a motivo di sopravvenienza di figli, non tralasciasse di esservi soggetta. Si può dire per la negativa che la legge, la quale ordina che le donazioni saranno rivocate sopravvenendo de'figli al donante, non abbia per oggetto alcun pubblico interesse, ma l'interesse particolare del donante, al quale la legge ha voluto venire in soccorso. Ora, è massima costante che i particolari possono col mezzo delle clausole derogare alle leggi, che hanno per oggetto l'interesse particolare di colui che vi deroga, e su questo fondamento Ulpiano dice che, *pacisci contra edictum edilium, omni modo licet*; *l.* 31, *ff. de pact.*

Aggiungasi che la legge, la quale ordina la rivocazione delle donazioni per causa della sopravvenienza di figli, non è fondata che sopra una congettura ed una presunzione della volontà del donante, il quale dona soltanto perchè crede di non aver prole, e ch'egli si trova in una disposizione di volontà di non far donazioni, se credesse di averne un giorno. Ora la clausola, colla quale il donante dichiara espressamente di voler donare anche nel caso in cui egli avrà dei figli, fa cessare questa presunzione; perchè ella è una massima che, *ubi est declaratio voluntatis, non est conjecturis et praesumptioni locus.* Cessa adunque in questo caso la ragion della legge, e per conseguenza la legge non deve aver luogo.

Malgrado queste ragioni, che sono fondate, diversi dottori, molto tempo prima dell'Ordinanza, erano stati

di sentimento che questa clausola era inutile, e ch' essa non doveva impedire la rivocazione della donazione nel caso di sopravvenienza di figli. Le cagioni di questo parere sono, che tale clausola non distrugge la presunzione su cui la legge è fondata, che il donante non ha fatto donazione, se non perchè credeva che non avrebbe avuto figli; che s'egli ha aggiunta la clausola di voler che la sua donazione abbia luogo anche nel caso in cui avesse de'figli, il motivo si è che egli s'ingannava egli stesso, e che non facendo attenzione all'incostanza delle umane volontà, e non ascoltando che l'inclinazione ch'egli allora aveva di non maritarsi, e che considerava come invariabile, egli s'immaginava che non avrebbe giammai figli, e che perciò nulla rischiava dicendo, ch'egli voleva donare anche nel caso che ne avrebbe; ma che la sua vera e segreta disposizione era di non volere donare, s'egli avesse saputo di dovere avere un giorno de'figli.

Quanto all' obbiezione che ciascuno può rinunziare ad una legge fatta soltanto in suo favore, Ricard fa due risposte. La prima, che la legge per la rivocazione delle donazioni in caso di sopravvenienza di figli, non è fatta soltanto in considerazione del donante, ma altresì in considerazione de'figli. La seconda, che la massima che ciascuno può derogare ad una legge fatta in suo favore, deve intendersi con questa modificazione, purchè, quando vi deroga, egli sia nel medesimo stato e nella medesima posizione, nella quale si troverà allorquando avrà diritto di servirsi di questa legge introdotta in suo favore, e non già quando si trova ancora nello stato, in considerazione del quale la legge ha voluto venire in suo soccorso. Perciò un minore non può rinunciare alla legge che gli accorda la restituzione, mentre si trova ancora nello stato di minorità. Per la stessa ragione la legge per la rivocazione delle donazioni nel caso di sopravvenienza di figli, essendo stata fatta per supplire alla mancanza di previdenza delle persone, che non hanno prole, e che si persuadono troppo facilmente che non cangeranno giammai di volontà, e che non avranno figli, mentre ch'essi non ne hanno ancora, mentre sono nell'inganno, cui la legge ha voluto supplire, non è loro permesso di rinunziare al diritto che la legge ha stabilito in loro favore. Altrimenti la previdenza della legge diverrebbe inutile; perchè falsamente persuasi della perseveranza nella loro volontà, essi consentirebbero facilmente a derogare alla legge, e questa clausola di derogazione diverrebbe di stile e renderebbe inutile la legge. Si può pure aggiungere che vi ha altresì qualche ragione di pubblico interesse a non avere alcun riguardo a queste clausole, affinchè le donazioni non distolgano coloro, che le hanno fatte, dal contrarre matrimonio, e dal dare con questo mezzo de' cittadini allo Stato. Questo sentimento è confermato dalla Ordinanza del 1731.

§ 2. *Cosa richieda la legge nella persona del donante, affinchè la donazione sia soggetta alla rivocazione a motivo di sopravvenienza di figli.*

Ciò che la legge richiede nella persona del donante, affinchè la donazione sia soggetta alla rivocazione per causa di sopravvenienza di figli, si è che il donante non abbia figli al tempo della donazione. Ciò risulta dai termini della legge 8, *Cod. de revocat. donat.*, e da quelli dell'Ordinanza del 1731, *art.* 39: *Qualunque donazione tra vivi fatta da persone che non avevano figli, e discendenti attualmente viventi al tempo della donazione.*

Da ciò nasce una prima questione: la legge e l' Ordinanza essendosi espresse in plurale, la donazione fatta da una persona che aveva un figlio solo al tempo della donazione, sarà forse compresa in tale disposizione? Si può dire per l' affermativa che si trova ne'termini della legge *qui non habet filios*, e che l'*art* 39 dell'Ordinanza del 1731 si esprime parimenti in plurale, *qualunque donazione tra vivi fatta da persone che non avevano figli;* e che per conseguenza la donazione fatta da una persona, che aveva un figlio solo al tempo della donazione, non è compresa nella disposizione della legge e dell' Ordinanza, non avendo figli in plurale, giacchè

allorchè un padre dispone in favore degli estranei prima di aver provato i moti della tenerezza paterna.

Ciò che abbiam deciso circa la donazione fatta dal padre la di cui moglie era incinta, ha parimenti luogo riguardo a quella fatta dalla moglie durante la sua gravidanza.

Osservisi che quando la legge dice, *filios non habens*, e l' Ordinanza *persone che non avevano figli*, la legge e l' Ordinanza intendono parlare soltanto de' figli legittimi; perchè questi soli sono riguardati come figli e chiamati a' beni de' loro padri. Perciò la donazione sarà sempre soggetta alla rivocazione a motivo della sopravvenienza di figli, benchè il donante abbia de' bastardi al tempo della donazione.

Qualche volta pure l' esistenza di un figlio al tempo della donazione, non impedisce che questa sia soggetta alla rivocazione a motivo della sopravvenienza di figli. Ciò ha luogo:

1.° Se il figlio, ch' esisteva al tempo della donazione, fosse già da molto tempo assente, e che si credesse perduto: perchè rapporto ai motivi sopra i quali è fondata la legge, è cosa indifferente il non avere figli, o l' averne senza saperlo; bisogna in questo caso che il figlio provi l' errore del donante.

2.° Si potrebbe forse sostenere che sarebbe lo stesso, se il figlio, ch' esisteva al tempo della donazione, si era reso indegno dell' amicizia di suo padre per alcuna di quelle cause che meritano la diseredazione; perchè vale lo stesso il non aver figli, o l' avere de' figli la cui condotta ci abbia fatto perdere verso di essi i sentimenti che la natura inspira. Ciò però può soffrire qualche difficoltà.

Ricard soggiunge un terzo caso, cioè quando un uomo di una casa illustre al tempo della donazione aveva soltanto delle figlie, e ch' egli ha fatta donazione ad uno de' suoi parenti, che portava lo stesso nome ed aveva il medesimo stemma. Io opino, dic' egli, che la donazione sia rivocabile a motivo della sopravvenienza di un figlio maschio al donante, essendovi luogo a presumere in questo caso, che il donante abbia fatta questa donazione soltanto coll' idea di sostenere il lustro di sua casa, perchè credeva di non aver figli maschi che potessero sostenerlo, e che era nella disposizione di non far questa donazione, se avesse creduto di averne. Questo sentimento di Ricard sembra assai conforme allo spirito della legge.

§ 3. *Quale specie di sopravvenienza di figli dia luogo alla rivocazione.*

La donazione fatta da persona che non aveva figli, è rivocata qualunque sia il modo con cui ne sopravvengono al donante.

Essa è dunque rivocata non solo se nasce un figlio a questo donante, ma ancora se dopo la donazione ritorna il figlio, che credeva perduto, al tempo della donazione, o che si ricevano sue notizie.

Si può forse dire lo stesso circa un figlio ammesso nella società de' Gesuiti, il quale ne sia congedato prima de' 33 anni? Questo caso soffre difficoltà, perchè il donante poteva prevedere che suo figlio avrebbe potuto esser congedato.

Parimenti se un bastardo, che il donante aveva in tempo della donazione, diventa legittimo dopo la donazione per mezzo del matrimonio, che il donante contrae con la di lui madre, questa è una specie di sopravvenienza di figlio, la quale dà luogo alla rivocazione della donazione. (*Ord.*, *artic.* 39.). Però si era giudicato il contrario prima dell' Ordinanza. Soefve ne riferisce una decisione, 111, 14. Ogni altra specie di legittimazione non ha quest' effetto; *ibid.*

La sopravvenienza di un nipote farà forse rivocare la donazione? Il motivo di dubitarne è, che l' Ordinanza parla soltanto della sopravvenienza di un figlio, e che questo termine non comprende sempre i nipoti. La ragione di decidere si è, che il termine di figli non comprende sempre i nipoti; li comprende però allorchè vi ha perfetta parità di ragione di decidere riguardo ai nipoti ciò che si decide riguardo ai figli. Ora ciò ha luogo in questo caso; perchè la legge è fondata sopra l' affezione che si ha pei proprj figli; e quella che gli avi han-

no pe' loro nipoti, essendo la stessa e soventi volte più grande di quella che noi abbiamo pe' nostri proprj figli, siccome l'abbiamo di già osservato, perchè l'amore discende sempre, ne segue che la sopravvenienza dei nipoti deve egualmente dar luogo alla rivocazione della donazione al pari di quella de' proprj figli, e che l'Ordinanza ha compreso gli uni e gli altri sotto il termine di figli.

Prima dell'Ordinanza si era domandato, se la nascita di un postumo, cioè di un figlio nato dopo la morte del donante, potesse dar luogo alla rivocazione della donazione. La ragione di dubitarne era, che il donante non poteva acquistare dopo la morte il diritto di rivocare la sua donazione. L'Ordinanza ha deciso per l'affermativa. La ragione si è, che ne' contratti le condizioni hanno un effetto retroattivo al tempo del contratto; dal che segue, che sebbene la condizione della sopravvenienza di figli, sotto la quale il donante si era tacitamente riservato il diritto di rientrare nel possesso delle cose donate, non abbia esistito che dopo la morte, nondimeno col mezzo dell'effetto retroattivo che gli si dà, il diritto è riputato essergli appartenuto fin dal tempo del contratto.

§ 4. *In qual modo si rivochino le donazioni per la sopravvenienza dei figli, e dell' effetto di questa rivocazione.*

L'Ordinanza, *art.* 39, dice che le donazioni restano rivocate di pieno diritto per la sopravvenienza de' figli. Dal che segue che, a contare dal momento stesso della sopravvenienza di un figlio, il donatario non ha più alcun titolo per ritenere le cose donate; ed in conseguenza il donante ha un diritto aperto per ripeterle.

Questo diritto non è l'azione di rivendicazione, o per lo meno non è già quella che si chiama diretta e propriamente detta. Benchè il donatario non abbia più alcun titolo per ritenere le cose donate, nondimeno ne rimane proprietario, *subtilitate juris*, finchè le abbia restituite al donante; perchè la proprietà, che gliene è stata trasferita per mezzo della tradizione, non può ritornare al donante senonchè collo stesso mezzo di una tradizione, che il donatario è obbligato di fargliene.

Perciò quest' azione è piuttosto una azione personale, la quale in diritto è chiamata *condictio sine causa*, in forza della quale noi ripetiamo le cose che alcuno ha da noi acquistate, allorchè la causa, per cui egli le aveva acquistate, ha cessato ed è distrutta. Vedasi sopra quest' azione il titolo *de condictione sine causa* nelle nostre Pandette.

Si potrebbe forse altresì dire che il donante ha in questo caso l'azione *utilis in rem*, perchè essendo distrutto il titolo della donazione, colla quale ha alienata la cosa, egli è riguardato come se non l'avesse alienata, e come se ne fosse in qualche modo proprietario, non già, a vero dire, *subtilitate juris*, ma *effectu*, avuto riguardo al suo diritto di rientrare in possesso.

Qualunque sia l'azione che il donante ha per ricuperare in questo caso le cose donate, quest' azione ha luogo non solo contro il donatario, ma contro i terzi che l'avessero da esso acquistata. La sua azione è nel numero di quelle che si chiamano personali, *in rem scriptae*, le quali seguono il possessore, benchè l'attore *non intendat rem suam esse*; nella qual cosa esse differiscono dall'azione reale: *Sed sibi dari, seu restitui oportere.*

La ragione si è, che la condizione di rivocazione nel caso di sopravvenienza di figli era inerente al titolo di donazione, e vincolava la stessa cosa donata; dimodochè il donatario non la possedeva e non n'era proprietario che con questa condizione, *cum hac causa*; e siccome alienandola egli non ha potuto trasferire un diritto maggiore di quello che aveva egli stesso, coloro che la tengon da lui, sia mediatamente, sia immediatamente, non ne sono parimenti proprietarj e possessori se non colla condizione e col peso dell'azione rivocatoria nel caso di sopravvenienza di figli.

L'effetto di quest' azione, allorchè viene istituita contro il donatario, è ch' egli è tenuto di restituire la cosa

al donante unitamente ai frutti dal giorno, in cui gli è stata notificata la nascita o la legittimazione del figlio, benchè la dimanda di rivocazione sia stata formata dopo la detta notificazione; *art.* 41.

La ragione si è, che il titolo di donazione essendo stato distrutto di pieno diritto per la sopravvenienza dei figli, fin da questo tempo il donatario si è trovato senza titolo per ritenere la cosa, ed in conseguenza senza titolo per percepirne i frutti. Aggiungasi esser regola comune a tutte le azioni con le quali noi domandiamo la restituzione di una cosa che ci ha appartenuto, che i frutti ci deggiono essere restituiti, siccome l'abbiamo veduto al titolo *de usuris*, secondo la legge 38, § 1, *e seg.* ff. *de usur.*, e la legge 173, § 1, ff. *de reg. juris.*

Questi non deggiono però essere restituiti precisamente dal giorno della sopravvenienza de' figli, ma soltanto da quello in cui questa è stata notificata al donatario; perchè sebbene fin dal tempo della sopravvenienza de' figli egli sia senza titolo per ritenere la cosa donata, nondimeno la buona fede, in cui egli è finchè ignora questa sopravvenienza, gli tien luogo di titolo e gli dà egualmente il diritto di percepire i frutti, come se il suo titolo sussistesse ancora; perchè *in omnibus juris partibus, justa opinio aequipollet titulo.* Egli non può essere obbligato di restituire i frutti prima di esser tenuto a restituire la cosa, e non può essere tenuto a restituirla se non dal giorno, in cui egli sa che la sopravvenienza di figli ha distrutto il titolo in forza di cui essa gli apparteneva.

Osservisi, che non è riputato avere avuta cognizione della sopravvenienza di figli che dal giorno in cui essa gli è stata notificata con un atto in buona forma; perciò l'Ordinanza, *art.* 41, non lo obbliga alla restituzione de' frutti che a contare da questo giorno.

Il donante avendo questo mezzo giuridico per significare al donatario la sopravvenienza de' figli, egli deve imputare a se stesso se non se ne è servito; e in conseguenza non è ammissibile a provare con altri mezzi che il donatario abbia avuta questa cognizione.

Allorchè la domanda è istituita contro un terzo possessore cui il donatario ha venduta la cosa, senza significargli la donazione nell'atto stesso, non basta in questo caso, affinchè sia obbligato alla restituzione de' frutti, che gli sia notificata la sopravvenienza dei figli; ma bisogna inoltre che il donante, il quale vuole rientrare nel possesso delle cose donate, gli dia copia della donazione.

Allorchè il donante in virtù dell'azione rivocatoria per causa di sopravvenienza di figli rientra nel possesso de' stabili da esso donati, egli li riprende senz'alcun peso d'ipoteca, di servitù, ed altri pesi reali che il donatario ed i suoi successori gli avessero imposti, *art.* 42, perchè il donatario ed i suoi successori non hanno potuto accordare a coloro, cui essi hanno dato queste sorta di diritti, un diritto maggiore di quello che avevano loro stessi: *Nemo enim plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet.* Per conseguenza, il diritto di proprietà, che avevano il donatario ed i suoi successori, non essendo intieramente irrevocabile, ma soggetto ad essere annullato per la sopravvenienza de' figli, i diritti di servitù, d'ipoteca, ed altri che hanno potuto accordare, deggiono parimenti venire annullati col mezzo medesimo della sopravvenienza de' figli secondo la massima, *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

Questa decisione non soffre alcuna eccezione; benchè le cause della dote o dell'usufrutto vedovile di una donna possano esser favorevoli, la moglie del donatario non conserva alcuna ipoteca sussidiaria sopra i beni donati a suo marito, occorrendo il caso della sopravvenienza di figli; e ciò ha luogo quand'anche questa donazione avesse fatto parte del suo contratto di matrimonio; *art.* 42.

L'Ordinanza dice inoltre nel detto articolo, che la sua disposizione avrà luogo quando anche il donante si fosse, col mezzo della donazione, obbligato qual fidejussore all'esecuzione del contratto di matrimonio. La

ragione si è, che l'obbligo del donante è per se stesso una donazione che deve rivocarsi per la sopravvenienza de' figli; e che se per mezzo di quest' obbligo la moglie del donatario conservasse qualche diritto sopra la cosa donata a suo marito, il donante si spoglierebbe indirettamente della facoltà di rivocare la sua donazione, il che non è permesso secondo l'*artic.* 44.

§ 5. *Quali eccezioni perentorie si possono o no opporre contro la dimanda di rivocazione di donazione per causa di sopravvenienza di figli.*

Si può opporre contro la domanda di rivocazione di donazione per sopravvenienza di figli, la prescrizione ordinaria di trent' anni colla quale si prescrivono tutte le azioni.

Il tempo di questa prescrizione non può decorrere che dal giorno, in cui è sopravvenuto un figlio al donante; perchè soltanto da questo giorno si dà luogo al diritto di rivocare la donazione; e la prescrizione non può decorrere contro un diritto prima che esso esista e sia aperto. Se il donante avesse avuto più figli, il diritto di rivocazione sarebb'egli prescritto trenta anni dopo la nascita del primo, o trent' anni dopo la nascita dell' ultimo? Pare che debba essere trent' anni dopo la nascita del primo; poichè tale diritto è stato aperto fin dal tempo della nascita del primo, ed in conseguenza sin d' allora ha cominciato a decorrere il diritto della prescrizione. Nondimeno l' Ordinanza, *art.* 43, decide che il diritto del donante non sarà prescritto che trenta anni dopo la nascita dell' ultimo. La ragione si è, che ciascun figlio, che sopravviene al donante, gli conferisce un nuovo diritto di rivocare la donazione. Perciò se il diritto che gli ha conferito il suo primo figlio, è prescritto col decorso di trent'anni, gli rimane ancora il diritto che gli dà la nascita dell' ultimo.

Si farà forse questa obbiezione. Il donante avendo acquistato per la nascita del primo figlio il diritto di rivocare la donazione, la nascita degli altri non può più nulla fargli acquistare; perchè ciò che io ho una volta acquistato, e che è mia proprietà, non può esserlo di più: *quod meum est, amplius fieri meum non potest.* Io rispondo che questa massima è qui male applicata, e che bisogna distinguere fra il diritto di proprietà ed il diritto di credito. Allorchè io sono proprietario di una cosa, non posso divenirlo di più in forza di una qualunque altra causa, in questo senso si dice *quod meum est, meum amplius fieri non potest.* Ma quando io sono creditore di una cosa, niente impedisce che io possa altresì divenir ancora creditore della stessa cosa *ex alia causa.*

Secondo questi principj, benchè il donante fosse già divenuto per la sopravvenienza di questo primo figlio creditore della restituzione delle cose da esso donate, egli può nondimeno divenir nuovamente creditore della restituzione delle medesime cose per la sopravvenienza dell' ultimo, e niente impedisce, che essendo prescritto il credito, ch' egli aveva per la nascita del primo, possa rimanergli quello che egli ha acquistato per la nascita dello ultimo.

Ciò che noi diciamo, che il diritto di rivocazione per causa di sopravvenienza di figli si prescrive soltanto trent'anni dopo questa sopravvenienza, ha luogo sì che il donatario, sì che un terzo sia il possessore delle cose donate. *Ordinanza del* 1731, *artic.* 45; perchè la ragione che non si può prescrivere contro un diritto prima che sia aperto, milita egualmente riguardo al terzo possessore, come riguardo al donatario medesimo.

Prima dell' Ordinanza questionavasi se il donante fosse ammissibile a domandare la rivocazione della donazione dopo la morte del figlio, la cui nascita aveva dato luogo al diritto di rivocarla. Ricard era di sentimento che non fosse ammissibile, e riferisce delle decisioni che così avevano giudicato. Si dice in favor di questa opinione che l' esistenza di questo figlio essendo la causa che ha dato luogo al diritto di rivocar la donazione, questa causa cessando per la morte di questo figlio, doveva pur cessare il diritto di rivocar la donazione che n' era l' effetto: *cessante causa, cessat effectus.*

L' Ordinanza, *art.* 43, ha deciso per

lo contrario che vi era ammissibile, perchè la donazione essendo stata una volta distrutta, essa non può più rivivere. Una volta che è stato conferito al donante il diritto di rientrare *ipso jure* in possesso delle cose donate, la morte del figlio non può più fargliela perdere.

Riguardo a ciò che concerne le ragioni allegate per lo sentimento contrario, si risponde che questo raziocinio confonde la causa col mezzo. La causa che ha prodotto il diritto di rivocare la donazione, è la clausola virtualmente ed implicitamente inerente al contratto di donazione che questa venga rivocata nel caso di sopravvenienza di figli. La nascita del figlio ha fatto esistere la condizione, da cui questa clausola dipendeva; ma la clausola inerente al contratto di donazione è propriamente quella che ha prodotto l'effetto della rivocazione della donazione. La nascita del figlio non è che la condizione di questa clausola, ed il mezzo col quale questa clausola ha prodotto il suo effetto; e la condizione avendo una volta esistito per la nascita del figlio, ed in conseguenza essendosi dato luogo alla clausola, poco importa che questo figlio venga a morire in seguito.

Questionavasi pure prima dell'Ordinanza, se il donante fosse ammissibile nella domanda di rivocazione della donazione, allorchè dopo la sopravvenienza de'figli egli l'avesse approvata sia espressamente sia tacitamente, per esempio permettendo al donatario, dopo la sopravvenienza de' figli, di mettersi in possesso delle cose donate. L'Ordinanza, *art.* 43, dichiara di nessun effetto quest' approvazione sia tacita sia espressa, perchè la donazione essendo distrutta di pieno diritto per la sopravvenienza de' figli, essa non esiste più. Ora, ciò che più non esiste, non può essere confermato; e perciò essa ordina che il donante non potrà donare i medesimi effetti al donatario, se non con una nuova disposizione rivestita di tutte le sue forme.

ARTICOLO III.

Della rivocazione delle donazioni per causa d' ingratitudine.

La legge ultima, *Cod. de revoc. donat.*, decide che le donazioni possono esser rivocate per causa d' ingratitudine del donatario verso il donante.

Non è necessario per fondar questa decisione il supporre nel contratto di donazione una clausola tacita per la rivocazione della donazione in caso di ingratitudine: questo caso non può essere supposto; perchè quando alcuno fa donazione ad un suo amico, non può nè anche immaginare che egli sia capace di portarsi contro di lui agli eccessi che danno luogo a tale rivocazione.

In appoggio della rivocazione della donazione basta dire, che le ingiurie commesse da un donatario verso il suo benefattore, avendo, oltre il carattere di malizia comune alle ingiurie fatte da altre persone, un carattere di malizia particolare qual è l'ingratitudine, deggiono esser punite, oltre alla pena delle ingiurie ordinarie, con una pena particolare, e non ve n' ha altra più naturale di quella che spoglia il donatario de' beneficj, ch' egli ha ricevuti da colui ch' egli ha offeso.

§ 1. *Quali sieno le cause d' ingratitudine che possono dar luogo alla rivocazione della donazione.*

La legge ultima, *Cod. de revoc. donat.*, testè citata, assegna cinque cause d' ingratitudine. La prima è, *si injurias atroces effundat.* Risulta da questa parola, *atroces*, che qualunque ingiuria proferita dal donatario contro il donante, non dà luogo alla rivocazione, eccetto quelle che sono atroci.

Affinchè un'ingiuria sia atroce, bisogna ch' ella tenda a distruggere la riputazione del donante nelle parti più essenziali, quali sono per esempio la probità, i costumi. Quelle che attaccano i costumi, sono più o meno atroci secondo la qualità delle persone. Ciò che si pubblica contro i costumi di una persona, può essere un' ingiuria atroce riguardo ad un ecclesiastico, un magistrato, una donna, e non esser tale riguardo ad una persona di condizione diversa.

Bisogna pure, affinchè l' ingiuria sia atroce, ch' essa non sia indeterminata, ma che contenga fatti circostanziati. Perciò, non basta che il donatario dica in termini generali, che il donante

sia un furfante, un libertino, ma fa d' uopo ch'ei riferisca de' fatti determinati e circostanziati di furfanteria e di libertinaggio. La ragione è che le ingiurie indeterminate fanno poca impressione, e fanno tutt' al più nascere dei dubbj sopra la riputazione di una persona, ma non la distruggono.

Si domanda se siavi luogo alla rivocazione della donazione non solo nel caso di calunnia, ma altresì allorchè sono vere le cose che il donatario ha pubblicate contro la riputazione del donante. Ricard risponde affermativamente. Io vi trovo qualche difficoltà; perchè sebbene la semplice maldicenza sia per sè stessa cattiva, e che il rilevare le cose altrui sia un peccato contro la carità, purchè non vi sieno de' giusti motivi di farlo; e benchè questa maldicenza acquisti un nuovo grado di malizia allorchè è diretta contro una persona, cui noi siamo debitori di tutta la riconoscenza; nondimeno il colpevole avendo più d' ogni altro dato luogo alla maldicenza, non mi sembra ammissibile a querelarsene, nè a pretendere che gli si faccia torto togliendogli una riputazione che non gli appartiene. Perciò la legge 18, ff. *de injur.* non riguarda qual ingiuria la maldicenza, quando i fatti sono veri: *Qui nocentem infamavit, non est bonum et aequum, ob eam rem condemnari*. Per la stessa ragione, la legge 44, *de bon. liber.*, § *fin.*, dice che il figlio d' un padrone non è indegno della successione di un liberto perchè l' abbia accusato di un delitto vero. Del resto la questione non riceve molta applicazione in pratica; perchè sebbene possano essere veri i fatti che il donatario ha pubblicati contro la riputazione del donante, essi non saranno riguardati come tali, ed il donatario non potrà essere ammesso a domandarne la pruova. Perciò vi sarà sempre luogo a condannare il donatario.

Risulta dal termine *effundat*, di cui si serve la legge, che per darsi luogo alla rivocazione della donazione non basta già che il donatario abbia detto ad una o due persone i fatti ingiuriosi, ma bisogna che gli abbia divulgati e resi pubblici.

La seconda causa è, *si manus impias inferat*. Per esempio, se il donatario abbia dati de' colpi di bastone, uno schiaffo, un pugno, a meno che non vi sia stato indotto per propria difesa. Ciò ha luogo non solo se il donatario ha fatto egli stesso insulto, ma s' egli lo ha fatto commettere da un altro, *nam qui mandat ipse fecisse videtur*.

La terza causa, *si jacturae molem ex insidiis suis ingerat*; se il donatario cagiona la rovina della sostanza del donante nella sua totalità o nella maggior parte; per esempio, se col mezzo di voci sparse egli abbia fatto perdere il credito del donante ch' era mercante, e con ciò abbia rovinata la sua sostanza; se lo abbia fatto rimuovere da un impiego da cui traeva la sua sussistenza.

Sarebbe forse una causa sufficiente per rivocare la donazione, se gli avesse fatta perdere l' occasione di un matrimonio vantaggioso? Mi sembra di no; perchè la legge parla del caso in cui il donatario ha cagionato una perdita nelle sostanze del donante; ma coll' impedire questo matrimonio non cagiona alcuna perdita, ma si oppone soltanto al guadagno.

La quarta causa, *si vitae periculum aliquod ei intulerit*; per esempio, se gli avesse preparato un veleno, o si fosse messo in agguato per ucciderlo.

La quinta causa, *si quasdam conventiones sive in scriptis donationi impositas, sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit*. Ciò che si dice riguardo alle convenzioni che non sono state fatte in iscritto, non è ammissibile fra noi; perchè l' Ordinanza del 1667 proibendo la prova testimoniale, oltre il contenuto di un atto per iscritto, il donante allegherebbe in vano che il donatario rifiuta di eseguire le convenzioni che si supporrebbero essere state fatte verbalmente al tempo della donazione, e non essere state inserite in quell'atto; perchè il donatario potrebbe negarle, ed il donante, secondo la disposizione dell'Ordinanza, non sarebbe ammissibile a giustificarle.

Se le convenzioni sono fatte in iscritto, il rifiuto del donatario di eseguirle produce la rivocazione della do-

nazione; ma per ciò non basta già un semplice rifiuto; bisogna che il donante faccia citare il donatario acciò le adempia, e che essendo stato condannato a farlo sotto pena di decader dalla donazione, non vi abbia ancora soddisfatto; nel qual caso il donante potrà far pronunziare, che avendo mancato il donatario di eseguir le dette convenzioni, egli è decaduto dalla donazione, ed in conseguenza condannato a restituire le cose donate.

Molti sono d'avviso, che queste cinque cause enunciate nella legge non debbano essere riguardate come le sole che possan dar luogo alla rivocazione, che ve ne possano essere altre, le quali sono lasciate all' arbitrio del giudice cui incombe giudicare, se esse contengono una ingratitudine così grande come quelle enunciate nella legge.

Egli è pure un sentimento da molti adottato, che allorquando il donatario è un figlio del donante, le quattordici cause di diseredazione, di cui parla il Codice di Giustiniano[1], sono altrettante cause a suo riguardo per rivocare le donazioni che gli sono state fatte dai suoi genitori.

Ella è pure un'opinione molto plausibile quella di coloro i quali pensano, che se il donante fosse caduto in un' estrema indigenza, che lo mettesse fuori dello stato di avere il bisognevole e di poter guadagnarlo, il rifiuto degli alimenti, che gli farà il donatario, di una considerevole porzione de' suoi beni, debba essere riguardato come una causa d' ingratitudine sufficiente per farlo decadere dalla sua donazione. Egli è un dovere naturale del donatario di somministrare gli alimenti al suo benefattore nel caso di necessità, allorchè egli può farlo. Sul fondamento di questo dovere le leggi non permettono al donatario di esigere dal donante ciò che gli è stato donato, se non rimangono al donante i mezzi da alimentarsi.

Se le leggi non hanno permesso al donatario di mancare a questo dovere naturale prima che la donazione sia stata consumata per mezzo della tradizione, esse deggiono molto meno permettergli di mancarvi dopo la tradizione: il compimento del beneficio, lungi dal dispensarlo da questo dovere, non deve servire che a costringervelo maggiormente. Perciò egli è un sentimento molto plausibile quello di ammettere il donante di un' universalità di beni, o di una porzione considerevole, a domandare gli alimenti al donatario, a meno che questi non preferisca restituirgli le cose donate ch' egli possiede.

§ 2. *Da chi e contro chi l' offesa deve essere commessa affinchè vi sia luogo alla rivocazione della donazione.*

Affinchè vi sia luogo alla rivocazione della donazione, bisogna che il donatario egli stesso abbia commesso l' offesa. Quella fatta dal tutore, dal padre, non vi dà luogo. Per la stessa ragione allorchè la donazione è stata fatta alla moglie, l' offesa commessa dal marito non vi dà luogo; come neppure vi dà luogo l' offesa fatta da un titolare di una chiesa, allorchè la donazione è stata fatta alla chiesa.

Il marito ed il titolare non deggiono forse essere privati del diritto che essi hanno di godere le cose donate? Io credo che no; perchè nè l' uno nè l' altro sono donatarj. L'ingiuria da essi commessa non è un' ingiuria commessa da un donatario, ma un' ingiuria ordinaria che deve essere punita soltanto con pene ordinarie, e non già colla pena della rivocazione della donazione, la quale è propria all' offesa commessa dal donatario.

Nè ci si opponga ciò che abbiamo deciso nel nostro *Trattato de' Feudi*, cioè che l'offesa commessa da un marito o da un *titolare* di un beneficio verso il feudatario era punita colla privazione del diritto che aveva, sia il marito sia il titolare, di goder di questo feudo. La ragione della differenza si è, che il marito è vassallo pe' beni proprj di sua moglie, il titolare di un benefizio è vassallo pe' feudi della sua chiesa, e per conseguenza sono soggetti alle pene destinate ai vassalli. Ma il marito non è donatario de' beni donati a sua moglie, nè il titolare di quelli donati alla sua chiesa, e per-

ciò essi non deggiono esser soggetti alle pene destinate ai donatarj.

Che se l' offesa è stata commessa dal donatario istesso, vi ha luogo alla rivocazione della donazione, quando anche fosse minore perchè la minore età non rende esente dalla pena per delitti che si commettono per malizia: *In delictis neminem aetas excusat*, ed altrove, *aetati et imprudentiae; non etiam malitiae venia tribuitur.*

Affinchè vi sia luogo alla rivocazione delle donazioni, bisogna che l' offesa sia stata commessa contro il donante medesimo; quella fatta a'suoi figli o ad altri eredi non vi dà luogo. Così decide la legge prima, *Cod. de revocand. donat. Hoc jus stabit inter ipsos tantum, qui liberalitatem dederint: caeterum nec filii, eorum, nec successores ad hoc beneficium pertinebunt.*

Ciò non ammette difficoltà allorchè l' offesa è commessa dopo la morte del donante verso i suoi figli o la sua vedova; perchè essendo fatta dopo la sua morte, essa non può ricadere sopra di lui, nè essere riputata fatta a lui stesso. Ma vi sarebbe forse luogo alla rivocazione se l' ingiuria fosse fatta, vivendo il donante, a sua moglie o a'suoi figli, per la ragione che una tale ingiuria ricade sopra la persona del donante, ed è riputata fatta a lui stesso, secondo Giustiniano, *instit. tit. de injur.* § 2 *Patitur quis injuriam non solum per semetipsum, sed etiam per liberos suos, item per uxorem suam.*

Per rispondere a questa questione io dico, che sebbene l' ingiuria fatta alla nostra moglie ed a' nostri figli sia riputata fatta a noi stessi, nondimeno quella che ci è fatta nella loro persona non è per noi sì grave come quella che ci è fatta a noi stessi. Le medesime ingiurie le quali, fatte a noi stessi, darebbero luogo alla rivocazione delle nostre donazioni, allorchè ci sono fatte nella persona di nostra moglie o de' nostri figli, non vi daranno luogo, a meno ch' esse non sieno estremamente gravi.

L' ingiuria fatta alla memoria del donante dopo la sua morte potrà esser tanto atroce da dar luogo alla rivocazione della donazione, come, per esempio, se un donatario dopo la morte del donante si rendesse calunniosamente denunciatore di un delitto, per lo quale si facesse processo alla sua memoria, oppure se per fanatismo lo privasse della sepoltura.

§ 3. *Quali donazioni sieno soggette alla rivocazione per causa d' ingratitudine.*

Le donazioni, benchè fatte in contemplazione di matrimonio, sono soggette a questa rivocazione. Le rimuneratorie e le onerose vi sono soggette fino alla concorrenza della eccedenza del prezzo de' servigj o dei pesi.

Le donazioni reciproche, secondo il sentimento di Ricard, non vi sono soggette. Si è giudicato con decisione del 13 dicembre 1714, riferita al 6. vol. del giornale delle Udienze, che esse vi erano soggette; perchè nelle donazioni reciproche si deve presumere che l' amicizia, che ho per il donatario, sia il principale motivo, che mi ha determinato a donare, benchè la speranza di profittar di quella che mi fa reciprocamente vi abbia una qualche parte; nel che queste donazioni differiscono dai contratti aleatorj. Perciò esigono gratitudine, e deggiono esser rivocabili allorchè il donatario manca a questo dovere.

La condonazione fatta ad un debitore non vi è soggetta quando non è stata fatta per principio di liberalità, ma per transazione, per evitare una lite, per contratto di accordo per facilitare il pagamento; altrimenti essa vi è soggetta.

La donazione a titolo clericale non vi è soggetta, a meno che il donatario non sia provveduto di un beneficio che ne tenga luogo; la ragione è che la rivocazione per causa d' ingratitudine contiene una specie di confisca delle cose donate a favore del donante. Ora è massima che ciò, che non può alienarsi, non può confiscarsi; dal che segue che il titolo chiericale essendo inalienabile fino a che il chierico non sia provveduto di un beneficio, il donante non può confiscarlo per causa della sua ingratitudine.

Nec obstat, ciò che abbiamo detto

che il minore per causa d' ingratitudine può essere obbligato a restituire i beni donatigli. La ragione della differenza si è, che i beni del minore non sono inalienabili che per favore del solo minore, del qual favore egli si è reso indegno a cagione del suo delitto. Ma il titolo chiericale è inalienabile non solo per favore dell' ecclesiastico, ma pur anche della chiesa.

Che se l' offesa commessa dal chierico donatario è tale ch'ei ne sia stato punito colla morte civile o colla degradazione, in questo caso la persona non appartenendo più alla chiesa, può aver luogo la rivocazione dei beni donatigli a titolo chiericale.

§ 4. *Dell' effetto della rivocazione per causa d' ingratitudine.*

L' effetto della rivocazione per causa d' ingratitudine è molto diverso da quello della rivocazione per causa di sopravvenienza di figli. La clausola per sopravvenienza di figli essendo tacitamente sottintesa nel contratto di donazione, in virtù della quale se si verifica il caso, il diritto del donatario viene annullato, *ex causa necessaria et antiqua donationi sivecontractuiinexistenti*, ne segue, come l'abbiamo detto a suo luogo, che il donatario non avendo che un diritto di proprietà, soggetto ad esser annullato nel caso di sopravvenienza di figli, non ha potuto trasferire ad altri che un diritto soggetto a nullità per l' esistenza della stessa condizione. Dal che segue:

1.° Che l' azione di rivocazione per causa di sopravvenienza di figli, ha luogo contro i terzi possessori.

2.° Che il donante deve riprendere le cose donate senz' alcun peso di servitù, ipoteche ed altri diritti reali che il donatario vi avrà imposti.

Per lo contrario la rivocazione per causa di ingratitudine non avendo luogo che in virtù di una nuova causa, *ex causa nova*, ed in punizione dell' offesa commessa dal donatario, ne risulta:

1.° Che i terzi possessori hanno acquistato un diritto assoluto e non soggetto a risolversi per causa dell' ingratitudine del donatario, poichè questa causa di rivocazione non è una causa necessaria, antica ed inerente al contratto, e per conseguenza non è una causa che vincoli il diritto che è stato loro trasferito. D'altronde non sarebbe cosa giusta che il donatario potesse pregiudicare per fatto proprio a questi possessori; e siccome la rivocazione a titolo d'ingratitudine non ha luogo che per punire il donatario, la pena deve cadere soltanto sopra di lui.

1.° Per le stesse ragioni ne segue, che il donante, il quale a titolo d'ingratitudine del donatario rientra nel possesso delle cose donate, vi rientra col peso dei diritti di servitù, ipoteche, ed altri diritti reali, che il donatario vi ha imposto. Così decide la legge 7, *Cod. de revocat. donat.*, la quale porta, che in questo caso tutte le alienazioni fatte dal donatario prima della contestazione della lite, e, secondo noi, prima della domanda saranno valide: *Ante inchoatum, coeptumque jurgium vendita donata, permutata, in dotem data, caeterisque causis legitime alienata, minime revocamus.*

Riguardo a quelle fatte dappoi, la ragione per cui esse non sono valide, si è che colle conclusioni del donante per la rivocazione della donazione, le cose donate divengono litigiose, e perciò non disponibili.

Il donante, nel caso d'ingratitudine del donatario, non potendo domandare la restituzione delle cose donate, di cui il donatario non è più in possesso, può forse almeno domandare la restituzione del valore di esse, se il donatario ne sia ancora in possesso? Molineo pensa che egli lo può; che questi termini della legge 7, *Cod. de revocat. donat.*, che noi abbiamo citata, *quidquid is ex donationis titulo tenet, eo die cogatur reddere*, deggiono ricevere una interpretazione estesa, e comprendere tutto ciò che il donatario può avere risultante dai beneficj del donante non solo immediatamente e direttamente, ma anche mediatamente. Quest'interpretazione sembra un poco alterata; perciò Ricard è di sentimento ch'essa non debba essere adottata. Effettivamente una disposizione penale, com'è questa, deve essere ristretta ne' suoi termini. Ora

il senso obliquo di questi, *quidquid donationis titulo tenet*, non comprende che le cose medesime che sono state donate, e non già ciò che il donatario ha acquistato col valore di queste cose; perchè non si può dire ch' egli le possieda *donationis titulo*.

Vi sarebbe maggior luogo ad ammettere l' opinione di Molineo riguardo alle cose, che fossero state date in cambio di quelle donate, perchè il cambio produce una surrogazione.

Nondimeno Ricard è d' avviso, che anche la cosa ricevuta in cambio della cosa donata non sia punto soggetta alla rivocazione, perchè la legge ha voluto soltanto che ciò ch' era il pegno dell' amicizia non rimanesse in possesso dell'ingrato, il che conviene soltanto alla cosa medesima ch' è stata donata; che questa rivocazione è consimile alla confisca per fellonia; che siccome soltanto il feudo stesso può essere confiscato, così soltanto la stessa cosa donata può esser soggetta alla rivocazione.

Cosa si dirà se la donazione è stata fatta in denari? Siccome il denaro è di natura da essere impiegato tostochè è ricevuto, ed a non restare in natura, sembra risultare da'nostri principj che le donazioni delle somme di danaro, benchè considerevoli, non possano giammai esser soggette alla rivocazione a titolo d' ingratitudine.

Si può dire che siccome non si considerano nel denaro i corpi, ma il valore ch'esso contiene, il donatario può esser considerato qual possessore della cosa che gli è stata donata, allorchè possiede un aumento di valore nei suoi beni, prodotto dalla donazione che gli è stata fatta, e che in questo caso vi ha luogo alla ripetizione di questa somma. Si potrebbe dire lo stesso di tutte le cose fungibili.

Se è stata fatta donazione di un fondo di bottega, vi ha minor difficoltà a dire, che sebbene non sieno le stesse mercanzie, ma altre che sieno succedute a quelle ch' esistevano al tempo della donazione, egli è nondimeno il medesimo fondo che è stato donato, e che perciò essa è rivocabile, però fino alla concorrenza del suo valore al tempo della donazione.

L' azione di rivocazione a titolo di ingratitudine essendo un'azione di riparazione d' ingiurie, ne segue ch'essa non deve essere accordata che alla persona medesima del donante offeso, e non già a' suoi eredi; e ch' essa non può egualmente aver luogo, se non contro la persona del donatario e non contro i suoi eredi. Così decide la legge 7, *Cod. de revocand. donat. Actionem ita personalem esse volumus, ut vindicationis, id est, vindictae tantum habeat effectum, nec in haeredem detur, nec tribuatur haeredi.*

Nondimeno se la domanda è stata istituita contro il donatario, e ch'egli muoja nel corso delle procedure, essa può essere ripresa contro gli eredi del donatario, secondo la regola di diritto: *Omnes actiones quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae judicio salvae permanent*; *l.* 139, ff. *de reg. jur.*

Secondo il diritto romano bisognava che vi fosse *litis contestatio*; ma presso noi il semplice atto di domanda basta, ed equivale alla contestazione della lite.

Per la stessa ragione allorchè la domanda è stata una volta formata, benchè il donante muoja, il suo erede può continuare l'istanza.

Io sono di sentimento che l' erede del donante possa in un caso istituire l' azione di rivocazione a titolo d'ingratitudine; cioè quando il donante non avesse potuto formarla, e che l'ingratitudine del donatario fosse giunta perfino al punto di uccidere il donante.

§ 5. *Quali eccezioni perentorie sono ammesse contro quest' azione.*

L' azione di rivocazione a titolo di ingratitudine essendo una dipendenza dell' azione che ha il donante per la riparazione dell'ingiuria commessa contro di lui, ne segue ch' essa è soggetta alle stesse prescrizioni; perciò l' azione per ingiurie dovendo essere proposta dentro l' anno, la domanda si prescrive egualmente dentro l' anno.

Nondimeno se l' ingiuria consistesse in un delitto contro cui possa procedersi nello spazio di vent' anni, il donante potrà, durante il detto tempo

e facendo istanza per la riparazione del delitto, dimandare la rivocazione della donazione.

In conseguenza altresì de' nostri principj la domanda di rivocazione a titolo d'ingratitudine cessa di avere luogo, allorchè il donante ha dati alcuni segni di riconciliazione; perchè è cosa costante che il perdono dell'offesa annulla l'ingiuria, ed in conseguenza l'azione che le tien dietro.

ARTICOLO IV.

Del diritto di riversione.

Il diritto di riversione, il quale ha luogo ne'parlamenti di diritto scritto, contiene una specie di risoluzione delle donazioni. Questo diritto di riversione trae la sua origine dal diritto romano, secondo il quale la dote *profettizia* ritornava nel caso di morte della moglie a colui, che l'aveva dotata.

Si chiamava dote *profettizia* quella che il padre o qualche ascendente di linea paterna aveva somministrata colla sua sostanza al marito per la dote di sua figlia. Tale dote era riversibile sia che la figlia fosse sotto la potestà paterna, sia che ella fosse emancipata; e questo diritto di riversione aveva luogo, morendo la figlia, anche nel caso in cui essa avesse lasciati de' figli provenienti da questo matrimonio, eccetto che il marito aveva il diritto di ritenerne una porzione (Vedi *a questo riguardo il nostro titolo* de jure dot. sect. 1, *ed il nostro titolo* soluto matrim. num. 1. *nelle Pandette*). Sopra questo fondamento gl' interpreti hanno stabilito il diritto di riversione il quale ha luogo presentemente in tutti i parlamenti di diritto scritto, e che sarebbe un diritto incognito ai giureconsulti romani, se ritornassero al mondo.

All' esempio della dote riversibile, la quale in caso di morte della figlia ritornava al padre o ad altri ascendenti paterni, che l' avevano somministrata, essi hanno deciso, che tutte le cose donate ai figli per qualunque titolo dagli ascendenti non solo di linea paterna, ma anche dalla madre e dagli ascendenti di linea materna, dovessero ritornare al donante in caso di morte del donatario. Il parlamento di Tolosa ha pure estesa questa giurisprudenza a ciò, che era donato dai parenti prossimi collaterali, per esempio, dallo zio.

Benchè la riversione della dote *profettizia* avesse luogo anche nel caso di figli, nondimeno siccome ciò non era ben chiaramente deciso dai testi, che si trovano nel corpo del diritto romano, e che i soli frammenti d'Ulpiano, scoperti nel XVI. secolo, ci hanno dimostrato a non poterne dubitare, che la riversione della dote *profettizia* aveva luogo anche nel caso che si lasciassero figli, gli antichi giureconsulti, fondatori della giurisprudenza del diritto di riversione delle cose donate, hanno deciso, che questo diritto di riversione non avrebbe luogo, se non quando il donatario venisse a morire senza figli, salvo però che se questi figli del donatario venissero a morire senza figli, vi sarebbe luogo al diritto di riversione.

Finalmente siccome il fondo della dote *profettizia* ritornava al padre senza alcun peso d'ipoteche, servitù ed altri diritti reali, che il marito aveva potuto imporvi, a cagione della legge *Julia*, la quale proibiva ogni alienazione del fondo dotale, questi interpreti, fondatori della giurisprudenza del diritto di riversione, hanno deciso che le cose donate dovessero nel caso di riversione parimenti ritornare al donante senza alcun peso.

Questo diritto di riversione, il quale è di pura invenzione degli interpreti, non è stato ricevuto dal Parlamento di Parigi per le provincie di sua giurisdizione, che sono regolate dal diritto scritto, come l' attesta Ricard; a maggior ragione egli non ha luogo ne' paesi regolati da Statuti consuetudinarj. A solo titolo di successione gli ascendenti del donatario succedono alle cose, che hanno donate ai loro figli che muojono senza figli. Perciò, siccome questo diritto non è in uso fra noi, non ne diremo di più, e non ragioneremo punto sopra le questioni, che vi danno luogo.

ARTICOLO V.

Della riduzione delle donazioni per la legittima de' figli.

Le donazioni tra vivi sono soggette a riduzione, allorchè alla morte di colui, che le ha fatte, non si trova nei beni ch' ei lascia un fondo bastante per somministrare la legittima dei suoi figli.

La legittima è una porzione della parte che avrebbe avuta un figlio nei beni de' suoi genitori o altri ascendenti, se questi non ne avessero disposto con donazioni sia tra vivi sia testamentarie.

Questa porzione, secondo il diritto del Digesto, era il quarto; secondo il diritto delle Novelle, il terzo, quando i figli non eccedono il numero di quattro, e la metà quando il numero è superiore a quattro. Gli Statuti di Parigi e di Orleans regolano questa porzione alla metà.

Ella è una questione, che non è bene decisa, se negli Statuti, che non ne parlano, essa debba essere regolata secondo le Novelle o secondo lo Statuto di Parigi. Io son portato a credere che si debba in questa specie seguire lo Statuto di Parigi, il quale contenendo gli usi della capitale, deve piuttosto supplire al silenzio degli altri Statuti anzichè le leggi romane, le quali sono soltanto adottive.

La legge del domicilio del defunto regola la legittima sopra tutte le specie di beni che non hanno alcuna situazione; come sono i mobili, le rendite, ec. Quelle sopra gli stabili e sopra i diritti reali sono regolate dalla legge del luogo in cui sono situati.

§ 1. *Quali figli possano domandare la legittima.*

Risulta dalla definizione che ora abbiamo data della legittima, ch'essa è dovuta soltanto ai figli che sono capaci a succedere, e che sono stati diseredati per qualche legittima causa.

Lo stesso dicasi della figlia dotata, la quale pel suo contratto di matrimonio ha rinunciato alla successione di suo padre, o che in virtù della particolare disposizione degli Statuti, nella di cui giurisdizione sono situati i beni di suo padre, n' è esclusa di diritto in conseguenza della dote che essa ha ricevuta, e non può domandare la legittima.

Se il padre avesse de' beni situati in differenti paesi, la figlia dotata, esclusa dalla successione de' beni situati nella giurisdizione di uno Statuto che ha questa disposizione, essendo capace a succedere a quelli che sono situati nella giurisdizione di altri Statuti che non hanno una simile disposizione, sarà in conseguenza ammissibile a domandare la sua legittima sopra i detti beni, se suo padre ne avesse disposto in pregiudizio della sua legittima.

Da ciò nasce una questione, se in questo caso essa debba dedurre dalla legittima, ch'ella domanda, la dote da lei ricevuta. Io penso che debba riputarsi aver ella ricevuta questa dote in anticipazione del diritto che aveva di succedere a tutt' i beni di suo padre, in qualunque parte essi si trovino. In conseguenza essa dedurrà sopra la sua legittima una porzione della sua dote in ragione eguale a quella in cui sono i beni da cui non è esclusa riguardo alla totalità de' beni del defunto. *Finge*: il padre di questa figlia aveva i due terzi della sua sostanza nella giurisdizione di uno Statuto, che esclude le figlie dotate dalla successione, e l' altro terzo nella giurisdizione di uno Statuto che non ha una tale disposizione. Sua figlia sarà riputata avere i due terzi della sua dote per tenerle luogo del suo diritto di succedere secondo lo Statuto che la esclude, e l' altro terzo in anticipazione della successione agli altri beni; e per conseguenza ella diffalcherà soltanto il terzo sopra la legittima che ella domanda sopra gli altri beni.

Del resto la figlia non è esclusa dal diritto di succedere, nè per conseguenza dal diritto di domandare la sua legittima, se non quando ha ricevuta la dote che le è stata costituita. Perciò Lebrun decide benissimo contro il sentimento di Papon, che se un padre avesse promessa soltanto una dote esigibile dopo la sua morte, la figlia non sarà esclusa dalla successione nè in forza degli Statuti, nè in virtù

della rinuncia che avesse fatta; poichè la sola figlia dotata ne resta esclusa, e non lo è allorchè non ha ricevuto cosa alcuna.

Vi ha maggiore difficoltà, se la dote fosse esigibile, e che il genero all'epoca della morte del suo suocero non la avesse riscossa, perchè essendo dipeso da lui solo il farsela pagare, ed essendone decorsi gl'interessi, la figlia deve essere riguardata come dotata; nondimeno anche in questo caso Lebrun è di sentimento, che la figlia non venga esclusa nè dalla successione, nè per conseguenza dalla legittima.

Ricard è di parere, che il figlio non possa domandare la sua legittima se non quando abbia adita l'eredità almeno col beneficio dell' inventario; perchè la legittima essendo *legitima pars haereditatis*, come è definito dalle leggi, la domanda della legittima è una specie di domanda d'eredità, che non può risiedere che nella persona di un erede. Molti pensano al contrario che non faccia d'uopo di essere erede per domandare la sua legittima; ma tutti convengono che se bisogna essere erede per domandare la legittima in via di azione, non è necessario di esserlo per ritenerla in via di eccezione. Perciò se un figlio domandasse la sua legittima contro un altro figlio ultimo donatario, il quale non avesse egli stesso nella donazione fattagli se non quanto basta per la sua legittima, questo figlio donatario, benchè abbia rinunciato alla successione per tenersi la suddetta donazione, potrà nondimeno ritenere la sua legittima sopra ciò che gli è stato donato, ed in conseguenza la domanda di suo fratello per la legittima sarà eliminata, e potrà essere istituita contro i precedenti donatarj.

Resta da osservarsi che la domanda della legittima passa agli eredi de'figli cui ella appartiene, quand' anche non l'abbiano formata durante la loro vita. I loro creditori possono pure formarla.

§ 2. *Delle donazioni che sono soggette alla diminuzione per la legittima.*

Le donazioni fatte prima che il legittimario fosse nato, sono forse soggette alla diminuzione per la legittima? La ragione di dubitarne è, perchè l' obbligo naturale che il padre contrae verso i suoi figli, e nel quale consiste il diritto della legittima, non può essere riputato contratto prima che il figlio sia nato, perchè qualunque obbligo suppone una persona esistente verso di cui si obbliga il debitore. Non si può dunque dire, che la donazione fatta prima della nascita del figlio sia fatta in pregiudizio ed in frode della legittima, giacchè questa non era allora dovuta, e che l'obbligo naturale, su cui essa è fondata, non era allora contratto.

Malgrado queste ragioni egli è certo che le donazioni, benchè fatte prima della nascita del figlio che domanda la legittima, vi sono soggette; il dovere naturale ci obbliga di conservare i nostri beni non solo ai figli che di già abbiamo, ma ancora a quelli che potremo avere in seguito; e siccome le alienazioni fatte da colui, che fosse stato incaricato di un fedecommesso verso i suoi figli nascituri, non lascerebbero di poter essere da questi rivocate, come fatte in pregiudizio del fedecommesso, benchè fatte prima della nascita di questi figli; similmente queste donazioni, benchè fatte prima della nascita del figlio legittimario, debbono esser soggette alla diminuzione per la legittima di questo figlio, come fatte in pregiudizio del diritto naturale, il quale contiene come una specie di fedecommesso, di cui la natura c' incarica verso di essi.

Le donazioni, benchè fatte alla chiesa, agli spedali, comunque favorevoli ne sieno le cause, sono soggette alla diminuzione per la legittima; perchè la legittima è un debito, e non si può fare alcuna donazione, comunque favorevole ella sia, in pregiudizio di ciò che si deve.

Le doti delle figlie sono forse soggette alla diminuzione per la legittima, vivendo il genero e finchè dura la comunione? Si ha ragione di dubitarne; perchè, sebbene la dote sia a riguardo della figlia una donazione che le fa suo padre, sembra che non si possa dire la stessa cosa riguardo al genero, il quale ha il diritto di godere di questa dote a titolo oneroso,

cioè coll' obbligo di sopportare i pesi del matrimonio, *ad sustinenda onera matrimonii*; dal che sembra risultare, che gli altri figli non possano per causa della loro legittima pregiudicare al diritto che ha il genero di godere di questa dote. Nondimeno egli è certo che la dote è soggetta alla diminuzione per la legittima degli altri figli, anche durante la vita del genero (*Ord. del* 1731, *art*. 35). Poichè non avendo potuto ignorare che la dote, per la sua natura di donazione fatta a sua moglie, era soggetta alla legittima degli altri figli, è riputata averla ricevuta egli medesimo con questo peso; e benchè egli l'abbia a suo riguardo a titolo oneroso, non può nondimeno averla che cogli stessi pesi sotto i quali è donata a sua moglie.

Vi erano alcuni i quali prima dell' Ordinanza distinguevano se la dote era stata data al genero in beni, oppure in danaro, che non fosse più in natura; pretendendo che in quest'ultimo caso il genero non poteva essere soggetto alla domanda di diminuzione per la legittima. L' Ordinanza, *art.* 35, ha rigettata questa distinzione pe'motivi qui sopra riferiti.

Quid, se in conseguenza della dote la figlia fosse esclusa dalla successione di suo padre, sia in forza della rinuncia fatta per contratto, sia in forza della legge del paese? Vi era chi prima dell' Ordinanza opinava, che in questo caso la dote non fosse soggetta alla legittima degli altri figli; perchè questa figlia essendo esclusa dal poter mai profittare della successione di suo padre e della di lui buona fortuna, doveva in ricompensa non poter soffrire della sua cattiva fortuna. Questo sentimento è stato rigettato dall'Ordinanza, *art*. 35, il quale prescrive che anche in questo caso la dote sarà soggetta alla legittima.

La dote pagata per la professione religiosa di una figlia, è forse soggetta alla diminuzione per la legittima degli altri figli? Io credo di no; perchè questa non è già una donazione, che si fa alla figlia, la quale per la sua professione religiosa diviene incapace di acquistare; non è neppure una donazione fatta al convento, che riceve la somma, essendo data a titolo oneroso, e per lo prezzo degli alimenti che il convento s'incarica di somministrare a questa figlia.

Le donazioni reciproche sono forse soggette alla diminuzione per la legittima? Io credo che sì: non deve essere più permesso di spogliare i suoi figli colle donazioni reciproche che con le semplici.

Le donazioni rimuneratorie ed onerose, allorchè i servigj ed i pesi non possono calcolarsi a prezzo di danaro, sono vere donazioni, e in conseguenza soggette alla legittima.

Se i servigj ed i pesi sono apprezzabili a prezzo di danaro, esse non vi saranno soggette fino alla concorrenza del valore dei detti servigj e pesi; lo saranno però per l' eccedente.

Le convenzioni matrimoniali non sono riputate donazioni, e perciò non sono soggette alla legittima. Quindi se fosse convenuto che il marito superstite non sia obbligato di restituire per tutti i diritti della comunione agli eredi della moglie, se non ciò che essa vi ha portato, o una data somma, benchè la comunione sia molto vantaggiosa, questo vantaggio non sarà soggetto alla legittima de' figli della moglie; perchè il marito superstite non ritiene punto in questo caso i beni della comunione in virtù di una donazione fattagli dalla moglie, ma perchè è una clausola ed una condizione del contratto di comunione fatto tra essi, che la sola moglie, in caso ch' ella sia superstite, avesse il diritto di dividere la comunione, e che gli eredi di essa non l'avrebbero.

Per la stessa ragione la sopravvivenza vedovile, che viene accordata ad una moglie, non è punto riguardata come una donazione soggetta alla legittima de' figli, perchè ella è una convenzione ordinaria de'matrimonj; d'altronde essa tien luogo dell' usufrutto vedovile statutario, il quale è un favore della legge.

Nondimeno se la sopravvivenza vedovile fosse eccedente, si potrà sostenere che fino alla concorrenza di quanto eccederà il disposto dallo Statuto locale dovrà essere riguardata come una donazione soggetta alla legittima.

L' anteparte [*préciput*] è un vero favore. Nondimeno allorchè è reciproca, e che non è eccedente, può riguardarsi come una convenzione ordinaria di matrimonio piuttosto che come una donazione soggetta alla legittima.

§ 3. *In qual modo si faccia il calcolo della legittima, e quali figli debbano comprendersi per regolare la porzione del legittimario.*

La porzione del legittimario essendo la metà della parte, ch' egli avrebbe avuta ne' beni del defunto, se questi non avesse disposto per donazioni tra vivi o per testamento, ne segue che, affin di regolare questa parte, bisogna comporre una massa di tutti i beni lasciati dal defunto, anche quelli che avesse legati, alla quale fa d' uopo aggiungere per finzione tutti quelli di cui egli ha disposto durante la sua vita con donazioni tra vivi fatte sia ad altri suoi figli sia ad estranei. Questi beni, de' quali il defunto ha disposto con donazione tra vivi, deggiono, al pari di quelli lasciati dal defunto al tempo della sua morte, essere valutati al prezzo che valgono al tempo dell' apertura della successione, e per tale prezzo messi nella massa.

Il mobiliare però, che è stato donato per atto tra vivi, si ragguaglia sul prezzo che valeva al tempo della donazione. Lo stesso dicasi degli officj acquistati. Siccome il donatario non ne può essere spogliato, e ch' egli li prende a suo rischio, perciò questi deggiono essere ragguagliati sul prezzo che valevano al tempo della donazione.

Da questa massa in tal guisa composta si deggiono dedurre le spese de' funerali, i debiti e gli altri pesi della successione, non solo ciò ch' è dovuto ai terzi, ma anche ciò che è dovuto agli eredi ed al legittimario stesso.

La legittima è la metà della parte che avrebbe avuta il legittimario in questa rimanente; ma siccome questa parte dipende dal numero de' figli che l' avrebbero divisa con lui, bisogna sapere quali sieno i figli, che si debbono comprendere.

Si deggiono comprendere i figli, che hanno effettivamente diritto alla successione, o che vi avrebbero avuto diritto se il defunto non avesse fatte le donazioni ed i legati ch' egli ha fatti. Perciò si deggiono comprendere quelli che rinunciano in conseguenza dei legati o delle donazioni tra vivi, che hanno ricevuto; perchè vi avrebbero avuto diritto se non avessero avuto tali donazioni; dal che segue che vi devono essere compresi per regolare la parte, che il legittimario avrebbe avuta nella massa de' beni, che si sarebbero trovati, se il defunto non avesse fatto nè donazioni, nè legati.

Si deggiono pure comprendere in questo numero le figlie, le quali, per la loro rinuncia o per la disposizione degli Statuti, sono incapaci di succedere al defunto in conseguenza della dote ch' esse hanno ricevuta; perchè non essendo incapaci se non in conseguenza della dote che hanno ricevuta, si può parimenti dire ch' esse sarebbero state ammesse alla divisione, se il defunto non avesse fatta alcuna donazione.

Parliamo ora de' figli, che non devono essere compresi: questi sono i premorti, a meno che non abbiano lasciati de' figli, che li rappresentino in questa successione, o che vi rinuncino in conseguenza di ciò che è stato ricevuto dalla persona, ch' essi rappresentano.

I premorti, che non hanno lasciati figli, che possano rappresentarli, non vi sono compresi quand' anche abbiano ricevute delle doti considerevoli; essi non vi hanno diritto non già a causa delle doti, che hanno ricevute, ma perchè sono premorti.

Per la stessa ragione non vi sono compresi quelli, che sono morti civilmente al tempo dell' apertura della successione, a meno che non sieno rappresentati dai loro figli.

Non vi si deve comprendere una figlia monaca, benchè abbia ricevuta una dote eguale alla parte che le spettava nella successione se fosse restata nel secolo; perchè non è già la dote che ha ricevuta, ma bensì la professione da lei fatta, che la esclude dalla successione.

Il figlio, che ha rinunciato gratuitamente, e senz' aver ricevuto cosa alcuna, non vi deve neppure essere compreso.

§ 4. *Quali cose debbano imputarsi sopra la legittima.*

Dopo che si è fissato, nel modo spiegato nel precedente paragrafo, la somma cui ascende la legittima di un figlio, per conoscere s' egli l'abbia interamente ricevuta, bisogna sapere quali sieno le cose ch' egli deve imputare o diffalcare sopra la legittima.

Il figlio deve imputare sopra la sua legittima tutto ciò che ha ricevuto per liberalità del defunto, qualunque ne sia il titolo. In ciò il nostro diritto è diverso dal diritto romano, secondo il quale le donazioni tra vivi non imputavansi sopra la legittima, se non quando erano fatte a questa condizione.

Le cose per cui il defunto era gravato di sostituzione a favore del figlio, non s' imputano sopra la legittima, perchè egli non le ripete dalla liberalità del defunto che gliele doveva.

Ciò che il legittimario prende nei beni diminuiti della donazione fatta da un secondo marito o ad una seconda moglie, in virtù dell' Editto su le seconde nozze, di cui si parlerà qui appresso, non s' imputa sopra la legittima; perchè questo figlio non lo ripete già dalla liberalità del defunto, ma dal beneficio della legge.

Questa decisione ha luogo soltanto riguardo ai legatarj o donatarj posteriori alla donazione del secondo marito; perchè i loro legati e donazioni dovendo essere intieramente soggetti alla legittima de' figli prima che quella fatta al secondo marito, la quale è anteriore, possa ricevere qualche pregiudizio per la detta legittima, secondo l' ordine che noi spiegheremo nel seguente paragrafo; la diminuzione che soffre per un' altra causa la donazione fatta al secondo marito, non deve riguardarli nè andare a loro favore.

§ 5. *Quando le donazioni tra vivi soffrano diminuzione per la legittima de' figli; in quale ordine; e se la domanda della legittima abbia luogo contro gli acquirenti.*

Le donazioni tra vivi non possono soffrire diminuzione per la legittima de' figli del donante, se non quando esse la pregiudicano; e non si può dire che la pregiudicano se non quando non si trovano ne' beni lasciati dal donante, compresi quelli di cui ha disposto per testamento, fondi sufficienti per soddisfarla: perchè se ve ne sono, si può dire che l' hanno pregiudicata non già le donazioni tra i vivi, ma bensì le disposizioni testamentarie. Imperciocchè se il donante non avesse fatte queste disposizioni testamentarie, si potrebbe malgrado la donazione soddisfare la legittima; e la donazione essendo irrevocabile, ed avendo il suo effetto dal giorno della sua data, non ha potuto essere in facoltà del donante di pregiudicarla colle disposizioni testamentarie; il che però avrebbe luogo, se queste disposizioni testamentarie non dovessero essere intieramente soggette alla legittima dei figli, prima che si possa procedere contro i donatarj tra vivi. Ciò ha luogo quand' anche il testamento sia stato fatto prima della donazione; perchè non è maggiormente permesso al donante di pregiudicare alla sua donazione, conservando un testamento precedentemente fatto, che di pregiudicarvi con un testamento ch' egli facesse di poi; i testamenti, in qualunque tempo sieno fatti, non avendo effetto se non dopo la morte del testatore, non possono pregiudicare alle donazioni tra vivi, le quali hanno effetto dal giorno della loro data.

Secondo questi principj, allorchè tutt' i debiti sono pagati, anche dopo aver preso quanto era necessario per pagare i figli eredi di ciò che loro era dovuto dal defunto, se ne' beni di cui il defunto ha disposto non rimane di che pagare la legittima di qualche figlio, essa deve prendersi in primo luogo sopra i legatarj universali, che deggiono somministrarla prima de' legatarj particolari, perchè essi sono legatarj soltanto di ciò che rimane dopo che i legati particolari sono pagati: in seguito tutt' i legatarj particolari vi devono contribuire ciascuno in proporzione del loro legato; perchè tutt' i legati non avendo effetto che dal giorno della morte del testatore, essi sono stimati avere una

medesima data, e nessuno può avere vantaggio sopra l'altro: i legatarj per causa pia non hanno neppure a questo riguardo maggior vantaggio degli altri.

Se dopo che tutt' i legati sono stati esauriti, vi manca ancora qualche cosa alla legittima del figlio, egli può domandare ciò che vi manca ai donatarj tra vivi, cominciando dall' ultimo in ordine di data. Le donazioni anteriori non possono soffrir diminuzione per la legittima, se non quando le posteriori sieno esaurite; perchè, finchè vi ha di che soddisfarla con ciò ch' è stato donato posteriormente, bisogna dire che essa non è stata pregiudicata dalle donazioni anteriori.

Nondimeno allorchè in forza di un contratto di matrimonio vi ha un donatario della totalità de' beni presenti e futuri, questo donatario è solo incaricato, anche prima dei donatarj posteriori, di pagare tutte le legittime de' figli, quand' anche questo peso non sia espresso nella donazione (*Ord. del* 1731, *art.* 36), a meno ch' egli non volesse conservare soltanto la donazione de' beni che il donante aveva al tempo della donazione: nel quale caso egli non sarà obbligato alle dette legittime, se non quando saranno esauriti i beni posteriormente acquistati (*art.* 37).

Se la donazione comprende soltanto una parte de' beni presenti e futuri, il donatario, se non è stato espressamente obbligato alla legittima, non vi sarà tenuto che nel suo ordine di data, e dopo tutte le donazioni posteriori.

Se la donazione di una parte dei beni presenti e futuri fosse stata fatta espressamente col peso delle legittime, il donatario sarà obbligato, anche prima delle donazioni posteriori, di somministrare una parte delle dette legittime in proporzione della parte dei beni, di cui egli è il donatario, a meno che non volesse conservare soltanto i beni presenti; nel qual caso egli non vi sarà obbligato, se non dopo che saranno esauriti tutt' i beni posteriormente acquistati.

Se fra i legatarj o donatarj tra vivi, contro i quali uno de' figli domanda la sua legittima, si trovasse un altro figlio, egli contribuirà alla legittima domandata soltanto in ragione di ciò che la donazione o il legato oltrepasserà la sua propria legittima, ch' egli ha parimenti diritto di pretendere, perchè questo legato o donazione fattagli non è tale che per l' eccedente.

Se l'ultimo donatario, la di cui donazione ha pregiudicato alla legittima, avesse dissipato il danaro che gli era stato donato e fosse insolvibile, si domanda se, in questo caso il figlio potrà procedere contro i donatarj anteriori.

Gli autori sono divisi sopra questa questione. Quelli che sostengono la negativa, dicono che, giacchè il danaro donato in ultimo luogo sarebbe stato sufficiente per pagare la legittima, la sola donazione fatta in ultimo luogo la pregiudica; quindi le donazioni precedenti, non avendovi pregiudicato, non deggiono soffrire alcuna diminuzione. Il sentimento contrario mi sembra molto più equo e meglio fondato in ragione. Egli è vero, che se l' ultimo donatario non avesse dissipato ciò che gli è stato donato, le donazioni anteriori non avrebbero pregiudicato in alcun modo alla legittima, poichè il legittimario la trovava in ciò che è stato donato in ultimo luogo; ma il legittimario non potendo più trovarvela per causa della dissipazione fatta dal donatario e della sua insolvibilità, ne segue che le donazioni anteriori pregiudicano alla legittima nello stesso modo che la pregiudicherebbero se il donante avesse dissipato egli stesso ciò che ha donato in ultimo luogo: poco importa, riguardo al legittimario, che il dissipatore sia un ultimo donatario, o il donante medesimo.

Finalmente l'Ordinanza del 1731, *art.* 34, sembra confermare il nostro sentimento. La legittima adunque si prenderà sopra l' ultima donazione, e sussidiariamente sopra le altre.

Del resto, non bisognerà in questo caso comprendere nella massa de' beni, che si forma per regolare la legittima, ciò ch' è stato donato all' ultimo donatario insolvibile, siccome non si comprenderà ciò che il donante avesse dissipato; il che ridurrà la legittima a minor somma.

Resta da osservarsi che la doman-

da della legittima ha luogo non solo contro i donatarj, ma contro i terzi acquirenti che hanno da essi acquistate le cose donate: perchè la condizione della diminuzione per la legittima de' figli è una condizione inerente alle donazioni, la quale segue le cose donate; e per conseguenza esse non possono passare ai terzi acquirenti senonchè con questa condizione, perchè il donatario, che le ha sotto questa condizione, non trasferisce ai terzi acquirenti maggior diritto di quello che ne ha egli stesso, come noi l'abbiamo detto più sopra.

§ 6. *Dell' effetto della diminuzione della donazione per causa di legittima.*

Allorchè una donazione deve essere soggetta a diminuzione per causa della legittima, il donatario deve restituire al legittimario una porzione delle cose, che gli sono state donate, la quale serva a soddisfare la legittima di questo figlio. Questa porzione deve essere rilasciata *in specie*; non basta al donatario di offrirne la stima; perchè la donazione non essendo valida per questa porzione, il legittimario è precisamente creditore di questa porzione *in specie*, e non già del valore di essa.

Da ciò risulta la massima, che la legittima deve essere somministrata in corpi ereditarj.

Questa porzione, che il legittimario prende nelle cose donate, passa ad esso senz' alcun peso d' ipoteca, ed altri diritti reali, che il donatario avesse potuto imporvi; perchè il diritto in questa porzione diminuita risolvendosi in virtù di una causa antica ed inerente al titolo della donazione, tutti i pesi, ch' egli vi ha imposti, deggiono parimenti risolversi, non avendo potuto il donatario accordare maggior diritto di quello, che ne aveva ei medesimo. Questo è il caso della regola di diritto, *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

La diminuzione della porzione delle cose donate, necessaria per pagare la legittima de' figli, si fa di pieno diritto in virtù della legge, la quale investe il figlio della sua legittima; e per conseguenza i frutti di questa porzione deggiono essergli restituiti dal giorno della morte.

La diminuzione di questa porzione indivisa delle cose donate dà luogo ad una divisione fra il donatario ed il legittimario, che ambedue possono domandare.

Questa divisione opera una garentia fra il donatario ed il legittimario delle cose, che cadono nelle loro porzioni rispettive, come ha luogo fra i dividenti.

Per questa azione di garentia il legittimario, che ha sofferto una evizione, ripete contro il donatario il prezzo della cosa evitta, diffalcandone però una parte proporzionata alla sua porzione nella massa de' beni soggetti alla sua legittima; della quale parte egli deve far deduzione e confusione sopra sè stesso. La ragione di tale deduzione è perchè la cosa evitta trovandosi non far parte de' beni del defunto, essa non doveva essere compresa, come lo è stata, nella massa de' beni su cui si è fissata la legittima. Questa massa deve dunque essere diminuita, e se ne deve dedurre il valore della cosa evitta. E per conseguenza, supponendo che avuto riguardo al numero de' figli la legittima ascendeva ad 1/8 della massa, e che la massa intera era del valore di 32,000 lire, se le 4,000 lire cadute in porzione al legittimario sono state evitte, dovrà considerarsi la massa generale esser composta soltanto di 28,000 lire; perlochè il legittimario avrà regresso contro al donatario solo per 1/8 di tale somma, cioè per lire 3500.

Se il donatario in ciò che gli resta della donazione non avesse di che pagare la legittima, il legittimario potrà procedere contro il precedente donatario, per ciò che vi mancherà.

Ma se l' evizione ha luogo per qualche cosa, che sia compresa nella porzione del donatario, il legittimario ne è tenuto verso di lui in proporzione della parte ch' egli aveva nella massa de' beni soggetti alla legittima; perchè questa cosa evitta, che noi supponiamo, per esempio, essere del valore di lire 4,000, non facendo parte de' beni del defunto, questa massa in cui essa è stata indebitamente com-

presa, è stata del valore di lire 4,000 di più di quello, che doveva essere; dal che segue che la legittima, che noi supponiamo, avuto riguardo al numero dei figli, essere stata l'ottava porzione della detta massa, si troverà in proporzione essere stata regolata a lire 500 di più di ciò, che doveva essere, e di cui il legittimario sarà debitore verso il donatario, che ne ha sofferta la diminuzione.

Il legittimario ha di preferenza a tutti i creditori del donatario un privilegio sopra i beni rimasti al donatario per la garentia delle cose, che gli sono state rilasciate per la sua legittima; e *viceversa* il donatario ha per la garentia, di cui abbiamo ora parlato, un privilegio sopra tutt' i creditori del legittimario su le cose, che gli sono state rilasciate.

§ 7. *Quali eccezioni perentorie abbiano luogo contro la domanda della riduzione della legittima.*

Il figlio non è ammissibile in questa domanda, quando egli vi abbia rinunciato dopo che il diritto di legittima è stato aperto a suo favore per la morte de' suoi genitori; perchè ciascuno può rinunciare a' suoi diritti. Se però il figlio, perchè insolvibile, vi ha rinunciato in pregiudizio de'suoi creditori, essi saranno, malgrado questa rinuncia, ammissibili a far uso de' suoi diritti riguardanti la sua legittima.

L' approvazione data dal figlio al testamento del defunto non è una rinuncia al diritto di legittima, se non quando il figlio non ha potuto ignorare che il testamento la pregiudicava.

La prescrizione di trent' anni, la quale annulla tutte le azioni, esclude pure la domanda della legittima; e questa prescrizione decorre contro i figli maggiori dal giorno della morte della persona, che ha data apertura al diritto di legittima nella successione.

Si domanda se il figlio, che si è messo in possesso senza fare inventario de' beni della successione di suo padre, sia ammissibile nella domanda di riduzione per causa della legittima. Le ragioni per la negativa sono che il figlio, non facendo l' inventario, si è messo per proprio fatto fuori stato di poter comprovare il valore de'beni, che si sono trovati all'epoca della morte; dal che segue, che per proprio fatto non si può più conoscere se questi beni sieno stati sufficienti per sodisfare la sua legittima. Essendo dunque incerto, e ciò per proprio fatto, se gli sia stata totalmente pagata la sua legittima, egli non può domandarla, perchè si è posto nel caso di non poter fondare la sua domanda. Si aggiunge che la Novella di Giustiniano fa decadere dalla falcidia l' erede il quale non ha fatto inventario, e l'obbliga pure al pagamento de' legati al di là del valore della successione. Malgrado queste possenti ragioni, Ricard è di sentimento, che il figlio possa anche in questo caso essere ammissibile a domandare la sua legittima, e che in mancanza d'inventario si comproverà, per quanto sia possibile, il volore della successione col mezzo di informazioni. Egli dice che ciò che la Novella decide relativamente alla falcidia, e contro l' erede istituito, essendo una pena, deve essere limitata al suo caso, e non può essere estesa alla legittima, la quale è infinitamente più favorevole. Egli soggiunge che la difficoltà di comprovare il valore della successione, nella quale il figlio si è messo imprudentemente, ignorando forse allora le donazioni fatte da suo padre, non deve privarlo di un diritto così favorevole come è quello della legittima, allorchè nessuna legge pronuncia la privazione, e che bisogna soltanto in questo caso supplire a tale difficoltà co'mezzi ordinarj delle informazioni, che s'impiegano in molti casi. Egli appoggia il suo sentimento con l' autorità di quello di Menard, di Olive, e collo Statuto del Parlamento di Tolosa.

ARTICOLO VI.

Della riduzione che soffrono in alcuni Statuti le donazioni tra vivi per la legittima statutaria.

Vi sono degli Statuti i quali proibiscono di disporre per donazioni tra vivi de' beni proprj al di là di una

certa porzione. Tale è, presso di noi, lo Statuto di Blois il quale vieta alle persone non nobili di far donazione tra vivi di più della metà dei loro beni proprj.

Questa porzione de' beni proprj, di cui gli Statuti proibiscono di disporre, è una specie di legittima, che essi accordano agli eredi del donante, della linea da cui i beni proprj procedono. Questa legittima si chiama statutaria, diversa da quella di cui abbiamo parlato nell' articolo precedente, la quale si chiama legittima *di diritto*.

§ 1. *Quali persone possano pretendere la legittima statutaria.*

Questa legittima essendo accordata agli eredi della linea, ne segue che ad essa non può darsi luogo allorchè il donante non lascia alcun erede della linea. Quindi gli eredi di un' altra linea, i quali in mancanza di eredi della linea fossero succeduti al defunto, non sarebbero ammissibili a domandare che le donazioni de'beni proprj fatte dal defunto sieno ridotte alla porzione, di cui lo Statuto permette disporre.

Questa legittima statutaria è accordata agli eredi della linea principalmente in qualità di eredi, diversa da quella di diritto che è accordata ai figli principalmente in qualità di figli; per conseguenza benchè i figli senza essere eredi possano avere la loro legittima di dritto, almeno per via di ritenzione, sopra le cose che fossero loro state donate o legate; gli eredi presuntivi della linea, se non hanno accettata la successione, non possono ritenere alcuna porzione, anche per via di ritenzione, di ciò che appartiene per intiero a quelli della linea che si sono dichiarati eredi.

Risulta da questi principj che il curatore alla successione vacante del donante, ed i creditori del donante non possono domandare la riduzione delle donazioni, allorchè gli eredi della linea hanno rinunciato alla successione.

Ma se qualche erede della linea rinuncia alla successione in frode dei suoi proprj creditori, questi, essendo ammissibili a far uso di tutt' i diritti di esso, possono accettare in sua vece la successione e formare la domanda di riduzione.

§ 2. *Quali donazioni sieno soggette a questa riduzione.*

Si deggiono a questo riguardo seguire le regole stabilite per la legittima di diritto.

Allorchè si vende uno stabile, e che in forza dello stesso contratto si condona il prezzo, non può essere un vero contratto di vendita; ella è adunque una vera donazione di un bene proprio soggetta alla riduzione, e non già soltanto una donazione del valore. *Secus*, se la condonazione fosse stata fatta *ex intervallo*, o che non vi fosse stato luogo a sospettar della frode.

§ 3. *In qual caso ha luogo questa legittima.*

Questa legittima essendo dovuta agli eredi e non essendovi eredi che dopo la morte, ne segue che ad essa si dà luogo soltanto dal giorno della morte del donante; e che fa d'uopo avere riguardo a questo tempo, per giudicare se il donante abbia disposto al di là della porzione fissata dallo Statuto. Perciò se a Blois una persona avesse fatta donazione di tutt' i beni proprj, che aveva al tempo della donazione, e che per successioni pervenuta in seguito al donante egli avesse alla epoca della sua morte de'beni proprj altrettanto e molto più di ciò che ha disposto, la sua donazione benchè fosse della totalità de' beni proprj, che egli aveva in quel tempo, non potrà essere pregiudicata, perchè al tempo della sua morte egli si trova non aver disposto al di là della metà de'suoi beni proprj, e che si trova nella sua successione di che soddisfare la legittima statutaria.

I differenti Statuti di questo regno essendo leggi che agiscono indipendentemente le une dalle altre, ne segue che la legittima, che lo Statuto accorda ad un erede sopra i beni proprj del donante situati nel suo territorio, è accordata all' erede indipendentemente da ciò che altri Statuti possono accordargli relativamente alla successione della stessa persona.

Da ciò segue, che se un defunto ha fatta donazione al di là della metà dei suoi beni proprj situati nella giurisdizione dello Statuto di Blois, benchè egli lasci al suo erede una quantità molto più considerevole di beni proprj, di cui non ha disposto, situati in altre giurisdizioni, nondimeno quest'erede è ammissibile a domandare contro il donatario ciò che gli manca della sua legittima statutaria sopra i beni proprj situati a Blois; perchè questa legittima, essendogli accordata indipendentemente da ciò che gli è accordato da altri Statuti, non si possono imputargli sopra la sua legittima i beni ai quali succede negli altri Statuti.

Questa decisione, che il donatario de' beni proprj situati nella giurisdizione di uno Statuto, non possa imputare sopra la legittima statutaria dovuta all' erede pe' detti beni, quelli ai quali l' erede succede e che sono situati nelle giurisdizioni di altri Statuti, deve essere ristretta ai donatarj tra vivi. Ricard è di sentimento che si debba decidere il contrario riguardo ai legatarj. La ragione della differenza si è, che le ultime volontà essendo suscettibili di una più estesa interpretazione, *voluntates testantium plenius interpretantur*, il testatore che ha legata una porzione de' suoi beni proprj, che non era disponibile, è riputato averne legato il valore da prendersi sopra gli altri beni, di cui egli aveva diritto di disporre; il che non può dirsi per le donazioni tra vivi, le quali essendo altrettanti contratti tra vivi, deggiono essere ristrette nei loro termini, e che d'altronde debbono avere un effetto presente, e contenere l' accettazione e la tradizione della cosa donata, e non sono suscettibili della stima della cosa da prendersi sopra gli altri beni.

Allorchè una persona, che aveva dei beni proprj di differenti linee, ha fatta donazione di tutti o quasi tutti i beni proprj di una linea, i quali però formano soltanto la metà o meno della metà totale de'beni proprj di tutte le differenti linee, è quistione se gli eredi di questa linea possano domandare la riduzione della donazione. La ragione per la negativa si è, che lo Statuto di Blois permette in generale di far donazione della metà de' beni proprj; il donante non avendo adunque data che la metà o meno della metà, sembra non aver donato al di là di ciò che gli era permesso di donare. La ragione per l'affermativa si è, che lo scopo degli Statuti essendo stato quello di perpetuare i beni nelle famiglie, ne segue che essi hanno avuto in vista l' interesse di ciascuna famiglia, e che hanno voluto conservare a ciascuna di esse il patrimonio che le era proprio; dal che risulta che allorchè lo Statuto di Blois prescrive che non si possa far donazione tra vivi che della metà de'beni proprj, deve intendersi non collettivamente di tutt' i beni proprj, ma distributivamente della metà de'beni proprj di ciascuna linea.

È quistione se ciò che si diminuisce dalle donazioni tra vivi per la legittima statutaria, sia soggetto a' debiti della successione, allorchè l'erede, a cui favore si è fatta questa riduzione, ha adita l' eredità sotto il beneficio dell' inventario. Si può dire per l' affermativa, che questa legittima essendo accordata all'erede nella sua qualità di erede, egli è riputato avere le cose diminuite a titolo d'erede, e per conseguenza si reputa queste cose far parte della successione, ed in conseguenza esser soggetta ai debiti. Si può dire, al contrario, che queste cose diminuite non appartengono alla successione, giacchè il donante se n' era spogliato durante la sua vita; che sebbene il diritto che ha l' erede di ottenere questa riduzione fosse annesso alla sua qualità di erede, nondimeno non è già un diritto che gli viene dal defunto, giacchè questi non l' ha giammai avuto; questo diritto non gli è adunque accordato dal defunto nè dalla successione, ma dalla legge. Queste cose diminuite non fanno adunque parte della successione.

ARTICOLO VII.

Della riduzione che possono soffrire le donazioni in forza della prima parte dell'Editto delle seconde nozze.

La prima parte dell'Editto di Fran-

cesco II, volgarmente detto l' *Editto delle seconde nozze*, prescrive che « le vedove, che hanno uno o più figli, o figli de'loro figli, non possono e non potranno in qualsiasi modo far donazione de' loro beni mobili, e dei beni acquistati da esse, eccetto quelli che loro sono pervenuti da'loro predefunti conjugi, e nemmeno de'loro beni proprj ai loro nuovi mariti, o ai genitori e figli dei detti mariti, o ad altre persone, che si possa presumere essere interposte per dolo o frode, la quale ecceda la parte eguale a quella spettante ad uno de'loro figli, o figli de' loro figli; e se vi è divisione ineguale de'loro beni fatta fra i loro figli, o figli de' loro figli, le donazioni da esse fatte ai loro nuovi mariti saranno ridotte e proporzionate alla parte di quel figlio che avrà il meno ». Questa disposizione è desunta dalla legge 6, *Cod. de secundis nuptiis*, la quale è dell' imperatore Leone.

Benchè quest' Editto, come pure i nostri Statuti, che ne hanno rinnuovate le disposizioni, parlino soltanto della donna, che si rimarita, nondimeno si sono estese le loro disposizioni all' uomo, che si rimarita, a norma della detta legge 6, la quale comprende l' uno e l' altra.

§ 1. *Quali specie di donazioni sieno soggette a questa riduzione.*

Le donazioni di mobili come pure quelle d'immobili sono soggette a questa riduzione. È vero che i nostri Statuti non parlano di mobili, ma basta che l' Editto si sia spiegato sopra i mobili, non avendo i nostri Statuti potuto ridurre le sue disposizioni. Non solo le donazioni semplici, ma anche le reciproche, fatte fra una parte e l' altra, sono soggette a questa riduzione. La ragione di dubitare era, che le donazioni reciproche non sono propriamente donazioni; giacchè la moglie che dona al suo secondo marito una somma in caso ch' egli sia superstite, riceve da lui tanto quanto ella gli dà; che perciò essa non gli fa alcuna liberalità, e che questo è piuttosto un contratto aleatorio che una donazione. La ragione di decidere è, che queste donazioni, benchè impropriamente tali, tendendo nondimeno come semplici donazioni a spogliare i figli, lo scopo che l' Editto si è proposto, il quale non è altro senonchè per porre un freno alle donne che si rimaritano, e per impedire loro di spogliare i loro figli de' proprj beni, si riscontra egualmente riguardo a questa specie di donazioni, come riguardo alle donazioni semplici.

Da ciò nasce la quistione, se una donna che ha de' figli, e suo marito che non ne ha, hanno fatta una donazione reciproca di tutti i lori beni al superstite fra essi, e che il marito venga a premorire, la sua donazione dovrà forse essere ridotta alla medesima porzione cui sarebbe stata ridotta quella della moglie, se questa fosse premorta? Ricard nel *Trattato delle Donazioni reciproche*, n. 223, decide per l'affermativa; perchè, dice egli, l'intenzione delle parti, che si fanno donazione reciproca, non è di disporre che in conseguenza di quanto esse ricevono. Io credo al contrario che la donazione del secondo marito debba valere per la totalità. Non si può dire che il secondo marito abbia voluto soltanto disporre di una somma eguale a quella ch' egli riceverebbe; perchè il secondo marito non ignorava che la moglie aveva de' figli, e che la donazione di tutt' i beni, che gli faceva la sua moglie non poteva valere, e che era soggetta a riduzione per parte dei detti figli, eccetto il caso, che tutti i figli del primo letto fossero premorti. Io dico ch'egli non l' ignorava, perchè l' ignoranza del diritto pubblico, di cui si può essere informato, non è proponibile. Non si può dunque dire ch' egli abbia avuto intenzione di far donazione a sua moglie a proporzione di ciò, che sua moglie avrebbe potuto donargli validamente; perchè sapendo o dovendo sapere che la donazione, che gli faceva sua moglie, era soggetta a riduzione, egli le ha nondimeno fatta donazione senz' alcuna restrizione.

Non solo le donazioni, ma altresì i vantaggi, qualunque essi sieno, risultanti dalle convenzioni ordinarie de' matrimonj, sono soggetti a questa

riduzione. Per esempio, l' anteparte, benchè reciproca, vi è soggetta; perciò un secondo marito, cui si è fatta donazione di una porzione eguale a quella di un figlio, non può più avere anteparte.

Ciò che uno de' conjugi porta in comunione, e che eccede quello dell' altro, è ancora riguardato come un vantaggio fatto all' altro conjuge per la porzione, che quest' altro conjuge prenderà in quest' eccedenza. Per esempio, se io porto in comunione con una seconda moglie lire 10,000, ed essa soltanto 6,000, la porzione che mia moglie avrà in caso di accettazione di comunione nelle lire 4,000 eccedenti, è riguardato come un vantaggio di lire 2,000, che le ho fatto, il quale è soggetto alla riduzione.

Vi sarà forse luogo a questa decisione, se ciò che il secondo marito porta di meno, fosse supplito dalla sua industria? Per esempio, una donna si rimarita con un medico accreditato a Parigi; essa porta in comunione lire 20,000, e suo marito soltanto lire 10,000; ma egli ricava dalla sua professione una rendita annua di lire20,000. Sembra che la decisione non dovrebbe aver luogo, e che l' industria del secondo marito, la quale è realmente apprezzabile, compensi al di là di quanto egli porta di meno che la sua moglie in danaro. Nondimeno bisogna dire, che la sua industria non sarà messa in conto, e che la parte, che ha il marito nell' eccedenza della somma portata dalla moglie, sarà riguardata come un vantaggio soggetto alla riduzione prescritta dall' Editto. La ragione si è, che se si entrasse nell' esame e nella stima incerta dell' industria de' conjugi, sarebbe lo stesso che dar luogo a discussioni, che si possono evitare stabilendo delle regole generali, da cui non è lecito dipartirsi per particolari considerazioni.

Ciò ha luogo anche nel caso in cui i contraenti si sieno riferiti allo Statuto per comporre la comunione, perchè allorquando ho de' mobili in maggior numero di quelli della mia seconda moglie, io le procuro un vantaggio, se non riservo per me quanto ho di più di lei.

Il vedovile statutario non è un vantaggio soggetto alla riduzione prescritta dall' Editto, perchè questo è procurato piuttosto dalla legge, che dal marito. Ma s' egli lo eccede, l' eccedente vi sarà soggetto. Quindi siccome il vedovile fissato dal marito tiene luogo dello statutario, non deve nemmeno esservi soggetto fino alla concorrenza dello statutario.

Non solo le donazioni fatte al secondo marito, ma quelle, che saranno fatte al padre, alla madre, ed ai figli del secondo marito, sono soggette a riduzione, come è prescritto in termini formali dall' Editto. Queste donazioni sono riputate esser fatte in contemplazione del secondo marito, e si reputa che queste persone sieno interposte per favorirlo. Ciò risulta da' termini dell' Editto: *o altre persone, che si possa facilmente presumere essere interposte per dolo o frode*. Quest' estensione è stata giudicata dal legislatore tanto più necessaria, quanto che senza di essa la legge sarebbe stata quasi sempre delusa, e la moglie, la quale voleva favorire il suo secondo marito al di là de' limiti, non potendo far donazioni a lui stesso, non avrebbe mancato di farlo col mezzo di donazioni fatte a queste persone, se esse non fossero state parimenti comprese nella disposizione della legge.

La proibizione di far donazione ai figli del marito comprende forse i figli comuni, che la moglie che si rimarita avrà da questo secondo matrimonio, o comprende forse soltanto quelli che il secondo marito ha da una precedente moglie? Io sono di parere che bisogna distinguere: se la donazione è fatta in forza del secondo contratto di matrimonio a' figli nascituri da questo matrimonio, questi figli, che non esistono ancora, non avendo potuto meritare da se stessi l' amore della donatrice, la donazione, che loro è fatta, può essere riguardata qual donazione fatta in considerazione del secondo marito, e per conseguenza soggetta alla riduzione prescritta dell' Editto. Che se questa moglie ha fatta donazione a' figli già nati da questo secondo matrimonio, i quali hanno potuto meritare da se stessi il di lei amore, niente obbliga

in questo caso di riguardare la donazione che loro è fatta, come fatta in favore del secondo matrimonio, la qualità di figli della donatrice che essi avevano, essendo un titolo piucchè sufficiente per meritare da se stessi questa donazione.

Le donazioni fatte ai genitori o ai figli del secondo marito, sono forse soggette alla riduzione, allorchè queste vengono loro fatte soltanto dopo la morte del secondo marito? Io credo di no; perchè sembra che l' Editto non abbia comprese queste persone nella sua disposizione, se non perchè si reputa facilmente essere persone interposte per favorire il secondo marito, e che si può sospettare che la donazione sia loro fatta colla idea di gratificare e di favorire il secondo marito. Ora, tutte queste ragioni cessano riguardo alle donazioni fatte dopo la morte del secondo marito. L' Editto non è dunque applicabile a queste donazioni.

L' Editto non avendo parlato che de' genitori, le donazioni fatte agli altri ascendenti del secondo marito sono esse soggette alla riduzione? Io opino che sì, perchè vi ha la stessa ragione; e d' altronde essi possono essere compresi sotto questi termini generali che l' Editto aggiunge, *ed altre persone*.

Quid, de' fratelli, delle sorelle, e di altri collaterali del secondo marito? Essi non saranno sì facilmente riputati persone interposte. Nondimeno potranno esser tali secondo le circostanze, per esempio se fosse giustificato che al tempo della donazione essi erano incogniti alla donatrice.

§ 2. *Quando abbia luogo la riduzione prescritta dall' Editto.*

L' Editto essendo fatto in favore de' figli del precedente matrimonio, ne segue, che affinchè sia luogo allà riduzione ordinata dall' Editto bisogna, 1. che la donna, che ha fatta donazione al suo secondo, terzo o ulteriore marito, o l' uomo che ha fatta donazione alla seconda, terza o ulteriore moglie, abbia de' figli di un precedente matrimonio.

Basta forse che questi figli esistessero al tempo della donazione? Si ha ragione di dubitarne, perchè i termini dell' Editto, *vedove che hanno figli non possono far donazione*, sembrano riferirsi soltanto al tempo della donazione. Nondimeno è cosa costante che, affinchè vi sia luogo all' Editto, bisogna che la moglie lasci al tempo della sua morte qualche figlio de' suoi precedenti matrimonj. La ragione è evidente. Quest' Editto essendo fatto per impedire alla donna, che si rimarita, di pregiudicare troppo alle porzioni, che i suoi figli de' precedenti matrimonj hanno diritto di attendere nella sua successione, riducendo alla porzione eguale alla quota del figlio le donazioni da essa fatte a' suoi secondi mariti, ne segue che non può darsi luogo a questa riduzione ed a questa diminuzione che al tempo dell'apertura della successione; e siccome l' Editto è fatto in favore de' figli del precedente matrimonio, quali danno luogo a questa riduzione, ne segue che bisogna necessariamente che vi sia qualche figlio del precedente matrimonio. Del resto basta che ve ne sia un solo per dar luogo a questa riduzione. I termini dell' Editto sono formali: *donne che hanno uno o più figli*.

L' Editto aggiunge: *o figli de' loro figli*; perciò un discendente, di qualunque grado egli sia, il quale si trova per rappresentazione al grado di succedere, può dar luogo all' Editto. Non è neppur necessario, affinchè un figlio del primo letto dia luogo all' Editto, ch' egli accetti la successione di sua madre, la quale si è rimaritata; ciò non è prescritto. L' Editto riducendo le donazioni eccessive fatte al secondo marito, ha avuto in vista di favorire i figli nella loro sola qualità di figli; essi non hanno dunque bisogno, per invocare l' Editto, di avere la qualità di eredi: su questo punto tutti gli autori sono d' accordo.

Da ciò risulta che una figlia del primo letto dotata, la quale in conseguenza della sua rinuncia o degli Statuti che hanno questa disposizione, resta esclusa dalla successione di sua madre, non lascia di esser da sè capace di dar luogo all' Editto, allorchè la donazione fatta da sua madre al

suo secondo marito è maggiore della porzione che l' uno de' figli, che sua madre ha avuti dal secondo matrimonio, può pretendere nella successione. Questa figlia del primo letto potrà adunque in questo caso domandare la riduzione della donazione per dividere cogli altri figli ciò che sarà scemato dalla donazione: ed il secondo marito non potrà opporle ch' essa non può pretendere alla successione, giacchè, secondo il principio sopra esposto, essa non ha bisogno della qualità d'erede per domandare questa riduzione e parteciparvi.

Bisogna decidere altrimenti riguardo ad un diseredato, perchè egli è evidente che l' Editto ha voluto soltanto venire in soccorso de' figli che erano degni de' beni che l' Editto ha voluto loro conservare, e non già di quelli che se ne saranno resi indegni.

Egli è evidente altresì che i religiosi, e quelli che sono morti civilmente, non possono darvi luogo, giacchè non godono dei diritti civili.

Affinchè vi sia luogo alla riduzione dell' Editto, bisogna, in secondo luogo, che le donazioni fatte alla seconda moglie o al secondo marito eccedano la porzione di un de' figli, tanto dell' ultimo, che de' precedenti matrimonj i quali sono capaci a succedere. Ne' paesi regolati dagli Statuti, in cui le figlie sono escluse dalla successione, allorchè hanno ricevuta una benchè modica dote, non vi sarà luogo alla riduzione portata dall' Editto, sebbene la donazione fatta al secondo marito eccede la dote data a questa figlia, perchè questa non partecipa alla successione.

Allorchè la successione del donante è deferita per rappresentazioni a molti nipoti di diverse discendenze, la donazione deve eccedere la parte di una di queste discendenze, e non basterà che ecceda la parte di uno dei figli di una discendenza nella suddivisione della discendenza stessa. La ragione si è, che lo Statuto avendo fissato ciò che è permesso di disporre in favore del secondo marito, in proporzione di quanto uno de' figli potrà prendere della successione, come viene espresso dallo Statuto, ne segue ch' essa deve esser fissata in proporzione di ciò che prende una delle discendenze nella successione; perchè la successione essendo deferita alle discendenze *in stirpes*, e non a ciascuno dei figli delle discendenze *in capita*, le discendenze prendono ciascuna una porzione nella successione; ciascuno de' figli di queste discendenze non partecipa in alcun modo alla successione, ma soltanto alla suddivisione della porzione che la discendenza vi ha presa.

Che se la successione è deferita a molti nipoti di una discendenza unica, in questo caso, siccome questi nipoti succedono *in capita* e non *in stirpes*, essi prendono per ciascuno una parte principale nella successione; e la riduzione ha luogo, se la donazione eccede la parte di uno di questi nipoti.

L' Editto soggiunge che, quando i figli hanno porzioni ineguali, la porzione del secondo marito o della seconda moglie si regola sopra quella del figlio che ha la parte più piccola.

Quest' ineguaglianza può aver luogo in molte occasioni. Per esempio, 1°. allorchè vi ha un diritto di primogenitura, la porzione del secondo marito si regolerà sopra la porzione di uno de' secondogeniti; 2.° quando ne' beni del donante vi sono delle cose riservate ai figli del primo letto, a tenore del secondo capo dell' Editto, di cui si parlerà qui appresso, la parte della seconda moglie o del secondo marito si regola sopra quella di uno de' figli del secondo letto; 3.° finalmente, allorchè i figli non vengono *ab intestato*, ma in virtù del testamento del donante, il quale ha fatta fra' suoi figli una divisione ineguale de' suoi beni, la parte della seconda moglie si regola sopra quella del figlio, il quale in questa divisione ha la parte più piccola.

Se il donante avesse destinata ad uno de' suoi figli una porzione minore della sua legittima della quale il figlio ha voluto contentarsi, la porzione della seconda moglie dovrà forse regolarsi sopra questa porzione? No, perchè la porzione di questa seconda moglie non si regola già sopra quella della quale il figlio si contenta, ma sopra quella che ha diritto di prendere, sopra quella ch' egli pote-

va prendere nella successione, come le spiega chiaramente il nostro Statuto, interprete su questo punto dell' Editto. Ora questo figlio, il quale si è contentato di una porzione minore della sua legittima, aveva diritto di domandare ciò che mancavagli; egli poteva prendere una porzione più grande, quella della seconda moglie deve perciò regolarsi sopra la porzione ch' egli poteva prendere, cioè sopra la legittima di questo figlio.

§ 3. *Allorchè una donna dopo il suo primo matrimonio ha sposati successivamente diversi mariti, può forse far donazione a ciascuno di essi di una parte eguale a quella che sia per pervenire ad uno dei figli, o potrà disporre soltanto di questa parte fra tutti in generale?*

Questi termini dell' Editto, *non possono far donazione a' loro mariti*, si interpretano non già in un senso distributivo, ma bensì in un senso collettivo, come se dir si volesse: *La moglie può disporre a favore di tutti i suoi mariti in generale soltanto di una parte eguale a quella che sia per pervenire ad uno dei figli.* Si deve tanto più ammettere questa interpretazione, quanto che lo spirito dell' Editto, che limita la facoltà della madre di disporre de'suoi beni, tendendo a provvedere ai figli del primo letto, che vengono pregiudicati a motivo del passaggio della loro madre a seconde nozze, sarebbe cosa contraria allo spirito dell' Editto, se la madre la quale si rimarita più volte, e che perciò arreca maggior pregiudizio a' suoi figli che quando essa si rimarita una sola volta, avesse nondimeno la facoltà di disporre di una maggior quantità de' suoi beni; altrimenti la disposizione dell' Editto implicherebbe contraddizione.

Risulta dal principio che noi abbiam ora stabilito, che la moglie la quale avendo de' figli del suo primo matrimonio, ha di già fatta una donazione al secondo marito, non potrà più disporre in favore del terzo se non di ciò che la donazione fatta al secondo conterrà di meno della parte eguale alla minore, che sia per pervenire ad uno de' figli; e se ha fatto donazione al suo secondo marito di una porzione eguale alla minore spettante ad uno de' figli, essa non potrà più disporre di cosa alcuna in favore del terzo.

§ 4. *Dell' effetto dell' Editto.*

L' effetto dell' Editto si è di dare un' azione rivocatoria di ciò che la donazione fatta al secondo marito eccede la parte eguale alla minore che sia per pervenire al figlio. Questi termini dell' Editto, *non possono disporre maggiormente*, non deggiono esser presi in un senso assoluto, ma con questa spiegazione, *non possono efficacemente.* Perciò la proprietà delle cose donate è stata effettivamente trasferita nella sua totalità al secondo marito, benchè la donazione sia eccedente; ma questa traslazione di proprietà diventa inefficace col mezzo dell' azione rivocatoria che dà l' Editto ai figli del primo letto, in virtù della quale essi ottengono la riduzione di quanto eccede la parte minore che sia per pervenire ad uno dei figli.

Del resto la proprietà delle cose donate non passa al secondo marito, che col peso della riduzione, nel caso che al tempo dell' apertura della successione della donante la donazione ecceda quanto era permesso di donare. E questa condizione della riduzione è una condizione inerente, che vincola le cose donate, di modo che esse non sono donate che sotto questa condizione; dal che segue che se vengono alienate dal secondo marito, egli può alienarle soltanto sotto questa condizione, *cum ea causa.*

Da ciò risulta, 1.° che quest'azione rivocatoria ha non solo luogo contro il secondo marito donatario, ma contro i terzi possessori delle cose donate; perchè egli non ne ha potuto trasferir loro la proprietà se non quale l' aveva egli stesso, e che può annullarsi sotto le stesse condizioni. 2.° Che questa riduzione si fa senz' alcun peso di servitù, ipoteche ed altri diritti reali, che il donatario vi avrà imposti, i quali diritti si annullano col mezzo della annullazione del diritto del donatario dal quale essi derivano, secondo la

massima: *Solut jure dantis, solvitur jus accipientis.*

A motivo che la donazione non è assolutamente nulla, se eccede la parte minore che sia per pervenire al figlio, ma soltanto in favore de' figli cui la legge accorda un' azione rivocatoria di questa eccedenza, ne segue che i beni diminuiti non sono considerati far parte della successione della donna, la quale se n' è spogliata col mezzo della donazione fattane. Perciò non è necessario che i figli accettino la sua successione per far uso di quest' azione rivocatoria e per partecipare a questi beni diminuiti; la legge che accorda loro quest' azione considera soltanto la loro qualità di figli, e non esige che sieno eredi.

Risulta pure da questi principj che il figlio, il quale ha fatto uso di questa azione rivocatoria senza essere erede di sua madre, non può, qual possessore di questi beni diminuiti, essere molestato da' creditori ipotecarj di sua madre, posteriori alla donazione, che essa ne ha fatta al suo secondo marito; perchè la madre essendosi spogliata di questi beni per mezzo della donazione prima di contrarre con questo creditore, egli non ha giammai potuto acquistare alcun' ipoteca, giacchè nel tempo del suo credito questi beni non appartengono più alla sua debitrice, e non si può dire ch' essi rientrino ne' beni di essa per mezzo dell' azione rivocatoria accordata ai figli; secondo i principj qui sopra esposti, quest' azione rivocatoria non annulla la donazione per l' eccedenza che in favore soltanto de' figli, e non riguardo a questo creditore, il quale non deve profittare di ciò ch' è accordato soltanto in favor de' figli.

Giova l' osservare, che benchè questa azione rivocatoria sia stabilita in favore de' figli del primo letto, nondimeno i figli del secondo dividono con essi i beni diminuiti, come viene deciso in termini formali dalla legge 9, *Cod. de secundis nuptiis* La ragione è evidente: l' Editto è fatto soltanto contro il secondo marito, e non già contro i figli del secondo matrimonio: questi non deggiono esser privati della divisione di una sostanza, ch'è l'eredità della loro madre, ed alla quale essi hanno un diritto eguale a quello dei figli del primo letto, giacchè essi sono suoi figli al pari degli altri. Egli è vero che da se stessi, e se fossero stati soli, non avrebbero potuto domandare la riduzione; ma non è cosa nuova in diritto, che ciò che non si ha per legge, si ottenga qualche volta pel concorso di altra persona.

Ma le figlie dotate del primo letto, le quali sono, in certi paesi regolati da Statuti, escluse dalla successione, non vi possono partecipare, perchè esse non hanno più alcun diritto alla sostanza della loro madre, come noi lo abbiamo digià detto.

Il secondo marito divide altresì egli stesso co' figli le cose diminuite, secondo il sentimento della Glossa sopra la Novella 22, il che è giusto, perchè altrimenti il figlio, che ha la parte minore, avrebbe di più che il secondo marito, per la parte ch' egli prenderebbe nelle cose diminuite. Ciò non deve aver luogo, perchè le leggi romane e l' Editto che le ha adottate, ordinando questa riduzione, hanno soltanto voluto che il secondo marito non avesse più di ciò che spetta al figlio che prende meno, e non già che abbia di meno.

Si domanda se il primogenito possa prendere il suo diritto di primogenitura sopra i beni diminuiti. Il motivo di dubitarne è ciò che abbiamo detto qui sopra, cioè che i beni diminuiti non erano stimati rientrare nella successione della moglie; dal che ne sembra risultare, che il diritto di primogenitura, di cui si fa uso soltanto sopra i beni nella persona cui si succede, non debba esercitarsi sopra tali beni.

Nondimeno gli autori decidono, che egli possa far uso del suo diritto di primogenitura sopra i beni diminuiti. La ragione si è, che l' oggetto dello Editto essendo di accordare una riparazione ai figli per lo pregiudizio che arreca loro l' eccessiva donazione della loro madre, ciascheduno deve avere nella riparazione una parte proporzionata al pregiudizio che arreca loro la donazione Ora la donazione eccessiva cagiona un maggior pregiudizio al primogenito che agli altri figli, giacchè egli avrebbe avuta una maggiore parte che gli altri, se non fossero stati

donati. Egli deve adunque avere una porzione proporzionata della riparazione, la quale consiste nell' accordargli la stessa parte ne' beni diminuiti ch' egli avrebbe avuta se fossero rimasti nella successione, e per conseguenza egli deve far uso del suo diritto di primogenitura.

Del resto siccome il primogenito non ha il diritto di primogenitura, se non quando è erede, vi ha luogo a credere ch' egli non possa far uso di questo diritto di primogenitura sopra i beni diminuiti, se non quando egli è erede.

Questo diritto de' figli di far ridurre l' eccesso della donazione fatta al secondo marito è aperto, e loro appartiene dal giorno della morte della loro madre. Per conseguenza essi hanno da questo giorno questo diritto *in bonis*; esso fa parte de' loro beni; essi ne possono disporre, e lo trasmettono nella loro successione. Gli eredi di questi figli potranno adunque farne uso, quand'anche questi figli sieno morti prima di averne formata la domanda.

Se la moglie avesse fatta la donazione al suo secondo marito sotto questa condizione, cioè se i figli del suo matrimonio, ch' essa lascerà alla sua morte, morissero in seguito prima della età di pubertà, gli eredi di questi figli potranno forse domandarne la riduzione? Alcune decisioni hanno pronunciato ch' essi non lo possono; che questa donazione non deve essere riguardata come pregiudizievole ai figli del primo letto, giacchè la madre con la condizione apposta alla sua donazione conserva loro questi beni nel caso in cui essi pervengano all' età di pubertà. Io credo che queste decisioni non debbano essere adottate: l' Editto non fa alcuna differenza tra i figli *impuberi* e quelli giunti alla *pubertà*: egli favorisce tanto gli uni che gli altri. L' Editto annulla in loro favore la donazione per la sua eccedenza; ed i particolari non potendo derogare allo Editto, nè privare i loro figli impuberi dell' azione che l' Editto accorda loro per far ridurre l' eccedenza di questa donazione, tale azione deve perciò loro appartenere non ostante questa clausola, e se questa loro appartiene essi la trasmettono a' loro eredi.

§ 5. *Se i figli del primo matrimonio possano, durante la vita della loro madre donatrice, rinunciare al beneficio di quest' Editto.*

Regolarmente si opina che i figli non possono rinunciare al beneficio dell' Editto durante la vita della persona che ha fatta la donazione a loro pregiudizio. La ragione non è già che non si possa ripudiare un diritto prima che sia aperto; perchè se non si può ripudiarlo, almeno si può francamente convenire, che non se ne farà uso allorchè egli sarà aperto. La vera ragione, per la quale i figli non possono rinunciare al beneficio dell' Editto durante la vita della loro madre, che avesse fatta una donazione eccessiva al suo secondo marito, si è che una tale rinuncia è riputata non essere stata fatta con una piena libertà, ma per causa dell' autorità che una madre ha sopra i suoi figli. La sommessione che i figli avessero, col mezzo di questa rinuncia testificata agli ordini della loro madre contro i loro interessi, rendendoli maggiormente degni dei di lei beni, non debb' essere una ragion sufficiente per escluderli. D' altronde non si deve lasciare alle persone, che si rimaritano, questo mezzo ch' essi avrebbero frequentemente di eludere la legge, abusando dell' autorità che hanno sopra i loro figli.

Vi ha maggior difficoltà di sapere, se nel caso di una donazione reciproca ed eguale fatta tra una moglie ed il suo secondo marito, i figli del primo letto possano, durante la vita della loro madre, e nel contratto del secondo matrimonio, rinunciare al beneficio dell' Editto. Ricard, seguendo il sentimento di Molineo, dice ch' essi lo possono, perchè in questo caso i figli hanno un motivo di loro proprio interesse per rinunciare al beneficio dell' Editto, e non rinunciano gratuitamente al diritto, che potrebbero avere un giorno nell' eccedenza della donazione della loro madre, ma vi rinunciano in conseguenza della speranza, ch' essi acquistano di profittare de' beni del loro patri-

gno, in caso ch' egli morisse prima della loro madre. Ciò è una specie di contratto aleatorio che i figli unitamente alla loro madre fanno col loro patrigno, il quale non avrebbe fatta questa donazione a sua moglie, se i detti figli non avessero promesso di non contestare ciò che la moglie gli donava per parte sua. Non vi ha dunque luogo a presumere, in questo caso, che la rinuncia che fanno i figli al beneficio dell' Editto, sia stata loro strappata dall'autorità che la loro madre aveva sopra di essi, giacchè pare che un altro motivo vi abbia dato luogo.

Se nel caso di una donazione reciproca ed eguale fatta fra una moglie ed il suo secondo marito, i figli avessero rinunciato al beneficio dell' Editto, non nel contratto medesimo di matrimonio, *sed ex intervallo*, durante la vita della loro madre; in questo caso, siccome essi non avrebbero alcun interesse a rinunziarvi, giacchè quand' anche non vi avessero rinunciato, avrebbe sempre avuto luogo questa donazione fatta alla loro madre dal suo secondo marito, come l' abbiamo qui sopra osservato, tale rinuncia potrà passare per una conseguenza dell'impressione dell' autorità della loro madre, nè essere perfettamente libera, per conseguenza non dovere esser valida.

§ 6. *Questioni concernenti le donazioni di parti eguali a quelle spettanti ad uno de' figli.*

Allorchè una donna nel suo contratto di matrimonio ha fatto donazione a suo marito di una parte eguale a quella spettante ad uno de'figli, quale dev'essere la porzione del primogenito ne'beni feudali? La porzione de'beni feudali spettanti al primogenito, allorchè non vi sono che due figli, consiste, secondo gli Statuti di Parigi e di Orleans, ne'due terzi della massa de' beni feudali della successione. Questa non è già composta della totalità de' beni feudali che la moglie possedeva al tempo della sua morte; bisogna dedurne la parte donata al marito, ch' è stata dalla moglie prelevata sopra la sua successione in virtù della fattane donazione; la qual parte dev'essere eguale a quella che spetta al secondogenito, ch' è la minore. Il rimanente, dopo la distribuzione della parte donata al marito, compone la massa feudale della successione, della quale il primogenito deve avere i due terzi, ed il secondogenito l'altro terzo. Ciò presupposto, a fin di regolare le porzioni spettanti a ciascuna delle parti, bisogna dividere la totalità de' beni feudali, che la moglie aveva al tempo della sua morte, in quattro porzioni e dedurne un quarto pel marito; dei tre quarti restanti, che compongono la totalità della massa, bisogna darne due al primogenito, e l' altro al secondogenito; e così ciascuno ha ciò che gli appartiene. Il primogenito ha i due terzi de'beni feudali della successione, che formano esattamente la metà della totalità dei detti beni, che la moglie aveva al tempo della sua morte: il secondogenito ha il terzo, che forma precisamente il quarto della totalità dei detti beni, ed il marito avrà una porzione eguale a quella del secondogenito.

Allorchè vi ha un più gran numero di figli, in qual modo devesi regolare la porzione spettante al primogenito, la quale consiste nella metà, secondo gli Statuti di Parigi e di Orleans? Bisognerà in questo caso dividere i beni feudali, che la moglie aveva al tempo della sua morte, in tante porzioni che facciano un numero doppio de' secondogeniti; più un' altra porzione; se ne dedurrà una pel secondo marito; si darà al primogenito la metà, che resterà dopo aver fatta questa donazione, e si dividerà l'altra metà in porzioni eguali fra i secondogeniti. *Finge*: la madre ha lasciati quattro figli: la totalità de'beni feudali, ch'essa aveva al tempo della sua morte, è di lire 70,000; si dividerà questa totalità in due volte tante porzioni quanti sono i secondogeniti, oltre un'altra porzione, cioè in sette porzioni che sono ciascuna di lire 10,000; si dedurrà una di queste porzioni pel marito: e delle sei settime parti restanti che ascendono a lire 60,000, e che compongono tutta la massa feudale della successione, si darà la metà al primogenito, che sono lire 30,000:

ch'è lo stesso che le tre settime parti della totalità, e si daranno lire 10,000 a ciascuno dei cadetti. Con questo mezzo ciascuno ha ciò che gli appartiene. Il primogenito avrà la metà della successione, e il secondo marito avrà una porzione eguale a quella di uno de' cadetti.

Allorchè la donna non ha lasciato che un figlio, qual parte de' beni dovrà avere il secondo marito? Vi ha chi crede ch'egli debba avere soltanto la parte che avrebbe un secondogenito, se ve n'esistesse uno; vale a dire che il figlio avrà l'abitazione (*manoir*), il volo del cappone, i due terzi, e che il secondo marito avrà il terzo. Io ho veduto giudicare in tal modo dal baliaggio di Orleans in virtù di una sentenza, da cui non è stato appellato.

Io trovo qualche difficoltà in questa decisione e non comprendo perchè il secondo marito non avrebbe la metà dei beni feudali, l'Editto non avendo proibito altro, se non che il secondo marito fosse donatario di più di ciò che spetterebbe ad un figlio. Io non comprendo perchè si accordi in questo caso un diritto di primogenitura al figlio, questo diritto avendo luogo soltanto fra figli coeredi e non già riguardo ad un estraneo, qual è il secondo marito.

Allorchè non vi ha alcun figlio, quale sarà la parte del secondo marito? Io credo che non gli appartenga la totalità: perchè in verità la moglie avrebbe potuto in questo caso donare la totalità, ma essa non l'ha fatto giacchè ha disposto di una parte, e che una parte non è la totalità. Si dirà forse che il secondo marito in questo caso non debba avere cosa alcuna, perchè il marito, donatario di una parte eguale a quella che spetta ad un figlio, si trova esser donatario di una parte la quale non è *in rerum natura*, non potendo esservi una parte spettante ad un figlio? Questo raziocinio è un puro sofisma. La moglie ha voluto donare una parte: se essa ha soggiunto eguale a quella che spetta ad un figlio, ciò significa che questa parte non potrà eccedere quella di un figlio. Ma essa ha voluto donare una parte che sarà la metà, secondo la legge 164, ff. *de verb. signif.*, la quale, nel caso di un legato di una parte de' beni dice: *Si non fuerit portio adjecta, dimidia pars debetur.*

ARTICOLO VIII.

Del secondo articolo dell'Editto delle seconde nozze.

L'articolo secondo dell'Editto delle seconde nozze è concepito in questi termini: « Circa i beni appartenenti a queste vedove per donazioni e liberalità de' loro mariti defunti, esse non potranno donare parte alcuna a' loro nuovi mariti; ma saranno obbligate di riservarli ai figli comuni fra esse ed i loro mariti, dalle di cui liberalità sono loro questi beni pervenuti. Lo stesso avrà pure luogo circa i beni lasciati ai mariti per donazioni e liberalità delle loro mogli defunte, talmente che essi non potranno donare parte alcuna alle loro seconde mogli, ma saranno obbligati di riservarli a' figli, che essi hanno avuti dalle loro prime mogli ».

Questa disposizione è tratta dalla costituzione di Costantino, che trovasi nella legge 3, *Cod. de secundis nuptiis*, e da quella che si trova nella legge 5, *Cod., dicto tit.*, e che ha esteso all'uomo, che passa a seconde nozze, ciò che la legge 3 aveva accordato soltanto riguardo alla donna; il che è pure confermato dalla Novella 98, *tit.* 10, *cap.* 1.

§ 1. *Quali cose sieno comprese in questo secondo articolo dell' Editto.*

L'Editto dice: *I beni acquistati per donazioni e liberalità.* La legge 3, dalla quale è tratto l'Editto, dice: *Quidquid ex facultatibus priorum maritorum sponsalium jure; quidquid etiam nuptiarum solemnitate perceperint, aut quidquid mortis causa donationibus factis.*

Risulta dai termini della legge, che tutto ciò che la moglie ha acquistato a titolo lucrativo sopra i beni del suo primo marito, debba essere riservato a' figli del primo matrimonio; e siccome pare che l'Editto sia stato fatto

sul modello delle leggi romane sopra questa materia, ne segue, che, in forza de' termini di cui si serve l'Editto, non bisogna soltanto intendere ciò che è stato donato ad una moglie con donazioni propriamente dette di suo primo marito, ma generalmente tutto ciò ch' essa ha avuto da lui a titolo lucrativo in virtù delle sue convenzioni matrimoniali. Da questi principj risulterà la decisione di differenti questioni.

L' anteparte, che la moglie ha avuta dal suo primo marito, deve forse essere riservata a'figli del primo matrimonio? La ragione di dubitarne è, perchè l'anteparte è piuttosto una convenzione matrimoniale che una donazione. Questa ragione di dubitarne diviene più forte, allorchè l' anteparte è reciproca: perchè il marito non avendola accordata alla moglie, in caso ch'essa sarà superstite, se non in conseguenza del motivo che la moglie gliene accorderà altrettanto in caso ch'egli sarà superstite, è piuttosto un contratto aleatorio, che una liberalità ed una donazione. Nondimeno bisogna dire che ella deve essere riservata a' figli del primo letto; e la ragione si è, che sebbene non sia propriamente nè donazione nè liberalità, nondimeno, conformemente a' principj che abbiamo stabiliti, basta che l'anteparte sia un vantaggio, *lucrum nuptiale*, basta che la moglie l' abbia a titolo lucrativo, e che non le sia costata cosa alcuna, per dover essere riservata a'figli del primo matrimonio.

Osservisi che l' anteparte della moglie che accetta la comunione, essendo presa per metà dalla sua porzione, soltanto l'altra metà, ch'essa prende sopra la parte di suo marito, è un vantaggio, e deve essere riservata ai figli del primo letto. Che se la moglie rinuncia alla comunione, l' anteparte che le fosse stata accordata, anche nel caso di rinuncia, sarà un vantaggio per la totalità.

Egli è pure evidente che l' anteparte del marito si confonde per la totalità, allorchè gli eredi della moglie rinunciano. Il marito in questo caso non è punto obbligato di riservare cosa alcuna ai figli del suo primo matrimonio; se gli eredi della moglie accettano, egli deve riservarne la metà.

La sopravvivenza vedovile (*douaire*) di una moglie, che ne ha la proprietà, la quale non eccede però il valore del vedovile statutario, è forse soggetta alla riserva? Vi ha luogo a dubitarne perchè il vedovile statutario essendo dovuto alla moglie per beneficio della legge, la somme accordata in sua vece, allorchè non eccede il valore del vedovile statutario, è piuttosto riputato qual pagamento di un debito, che una liberalità Perciò noi abbiamo veduto ch'egli non era compreso nella prima parte dell' Editto, e che la somma accordata alla seconda moglie invece del vedovile non è riguardata come una donazione, che le sia fatta, e che debba essere ridotta alla parte eguale a quella spettante ad un figlio. Nondimeno bisogna dire, riguardo a questa seconda parte dell' Editto, che ciò che una moglie ha avuto dal suo primo marito in luogo del vedovile, deve esser riservato ai figli del primo letto; perchè basta che essa l'abbia preso ne'beni del suo primo marito a titolo lucrativo in virtù di una convenzione matrimoniale. Non si può dire che finchè egli tiene luogo di vedovile statutario, sia *ex solutio debiti*: perchè ciò non è già un debito, giacchè vi si può derogare.

L' ineguaglianza de' beni posti in comunione è un vero vantaggio che quel conjuge, il quale ne porta una parte maggiore, fa a colui che ne porta una minore. Perciò se la mia prima moglie ha portato in comunione lire 20,000 e che io abbia portato soltanto lire 12,000, vi ha un vantaggio ch'essa mi fa della metà delle lire 8,000 eccedenti. Io sarò dunque obbligato, se passo a seconde nozze, di riservare lire 4,000 a' figli del mio primo letto.

I vantaggi che certi Statuti accordano al superstite nobile di avere dei mobili, non sono compresi nell'Editto, perchè il superstite non gli ha in virtù di convenzione matrimoniale. A maggior ragione ciò che il superstite ha avuto dalla successione de'suoi figli, non è soggetto all' Editto. Egli è vero che il diritto romano obbliga la moglie di conservare a'figli del suo primo matrimonio ciò ch'essa ha avuto

della successione di qualche suo figlio; ma ciò non è stato adottato dal nostro diritto statutario: ed anche nel diritto romano ciò aveva luogo soltanto riguardo alla moglie e non al marito.

Parimenti non è compreso nell' Editto ciò ch'è stato donato in favore del matrimonio, però dai parenti del suo marito: nondimeno se qualche parente del marito costituisce un vedovile senza riversione, si potrà forse dire ch'egli sarà compreso nell'Editto, a motivo che un matrimonio non contraendosi regolarmente senza vedovile, e questo essendo una specie di condizione del matrimonio, il parente del marito, che lo ha costituito alla moglie, può riputarsi averlo fatto a nome del marito; dal che segue che questo vedovile può esser considerato come proveniente dal marito.

Non si potrà dire la stessa cosa di una donazione; perchè siccome non è una dipendenza del contratto di matrimonio, che il marito faccia delle donazioni a sua moglie, niente obbliga di supporre che il parente del marito, che le ha fatte alla moglie, le abbia fatte a nome del marito.

Egli è evidente che l' interesse civile, che ha una vedova per l'uccisione del suo primo marito, non è compreso nell'Editto; questo interesse civile non proviene dal marito, benchè le sia aggiudicato ad occasione del marito.

§ 2. *Dell' effetto del secondo articolo dell' Editto.*

L' Editto ordina due cose riguardo a'beni, di cui si è parlato nel precedente paragrafo: 1.° Che la moglie non ne possa far parte alcuna al suo secondo marito. Perciò non si deggiono comprendere ne'beni de'quali la moglie può dare al suo secondo marito una parte eguale a quella spettante ad uno de'figli. 2.° L' Editto ordina che essa sia obbligata di riservarli a'figli che ha avuti dal marito, da cui le provengono tali beni.

L' Editto differisce dalla legge romana. Questa spogliava la moglie che si rimaritava, all'istante medesimo del suo secondo matrimonio, della proprietà di questi beni, e la trasferiva a'figli del primo letto, riservando soltanto l' usufrutto alla madre. L'Editto non ispoglia la donna che si rimarita della proprietà di questi beni, ma esso le ordina di riservarli a' suoi figli del primo letto: ella è adunque una specie di fedecommesso legale, di cui essa è obbligata verso i suoi figli.

Da ciò risulta, 1.° che i figli del primo letto non possono disporre di questi beni vivendo la loro madre, nè trasmetterli nella loro successione se essi premuojono. 2.° Che se essi tutti le premorissero, questo fedecommesso legale trovandosi estinto per la loro morte, saranno valide tutte le disposizioni ed anche le donazioni che la moglie avesse fatte di questi beni. 3.° Che al tempo della morte della loro madre, che è la scadenza di questo fedecommesso legale, i figli del primo letto raccolgono questi beni, come devoluti a loro profitto in forza della legge.

Da ciò segue, 1.° Che per poterli raccogliere non è necessario ch' essi sieno eredi. 2.° Che i figli del secondo letto non li dividono punto con essi. 3.° Che non sono perciò obbligati ad una maggior parte dei debiti della loro madre. 4.° Che se i beni non si trovano in natura, essi devono prelevarne il valore sopra la successione della loro madre, come se ne fossero creditori. 5.° Che ciò non è loro punto imputato sopra la legittima, che ad essi appartiene sopra i beni della loro madre. 6.° Che al pari della ipoteca, che ha luogo per le sostituzioni, essi hanno una ipoteca sopra i beni della loro madre dal giorno del suo secondo matrimonio, giorno in cui si è contratto il fedecommesso legale. 7.° Ch' essi hanno un diritto di evizione contro i terzi possessori di questi beni, a meno ch'essi non fossero eredi della loro madre, che gli aveva venduti, perchè in questa qualità di eredi essendo obbligati alla garentia verso il possessore, essi non vi saranno ammissibili secondo la regola: *Quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio.*

Non si potrà forse dire, che, secondo la nuova Ordinanza delle sostituzioni, essi vi sieno ammissibili, offrendo per la porzione, di cui sono eredi, il prezzo

che il terzo possessore ne ha pagato alla loro madre? Io non lo credo, perchè ciò che la nuova Ordinanza ha stabilito in favore delle sostituzioni testamentarie, essendo stabilito in verità con saggie idee, ma contro la ragione di diritto, non debb' essere esteso a questa sostituzione legale, secondo la regola: *Quod contra rationem juris introductum est, non est producendum ad consequentias.*

Ma se i figli non possono in questo caso evincere i terzi possessori, essi deggiono essere rimborsati del prezzo che la loro madre rimaritata, che gli ha venduti, ne ha ricevuto.

La donazione non obbligando alla garentia, ne segue che i figli, benchè eredi della loro madre, possano evincere i donatarj di questi beni.

Se la donna, che si è rimaritata, avesse alienati questi beni prima del suo secondo matrimonio, i figli del primo letto avranno nondimeno il diritto di evincere i possessori. (*Novella* 12, *cap.* 26) Perchè essa ha la proprietà de' beni, che le sono stati donati dal primo marito, ma coll'obbligo di restituirli a'suoi figli, nel caso ch'essa si mariti. Questa condizione è annessa dalla legge alla donazione che gliene è stata fatta, e vi è inerente; e per conseguenza questi beni passano a'terzi possessori sotto questa condizione.

In forza della Novella di Giustiniano, la madre, che si era rimaritata, non poteva disporre di quanto le spettava da un primo matrimonio; neppure in favore di uno de' figli di questo matrimonio in pregiudizio degli altri; il che è una conseguenza del principio, ch' essa era spogliata di tali beni. Lebrun è di sentimento, che ciò non debba fra noi osservarsi, perchè la madre non è già spogliata, ma semplicemente obbligata ad una sostituzione legale in favore de' figli del primo letto. Ma non basta forse che in virtù di questo fedecommesso legale la moglie sia divenuta debitrice di questi beni verso i suoi figli, affinchè essa non possa disporre in favore di uno di essi in pregiudizio degli altri, che sono egualmente chiamati al fidecommesso legale, al pari di quello a cui favore essa ne avrà disposto? Per sostenere il sentimento di Lebrun bisognerebbe dire, che l' Editto abbia resi questi figli del primo letto creditori solidali di tali beni: *Correos credendi quorum natura est, ut solutio uni facta a caeteris liberet*; ma ciò non si può dire, perchè *correi credendi non intelliguntur, nisi hoc sit expressum.* Perciò Duplessis e Ricard sono di parere contrario a Lebrun.

Se il primo marito ha fatta donazione de' suoi beni a sua moglie collo obbligo di restituirli a que' figli, che ella sceglierà, Duplessis è di sentimento che essa conservi questa scelta passando a seconde nozze; perchè si può dire, che il marito avendo da sè stesso provveduto col mezzo di un fedecommesso alla conservazione di questi beni pe' suoi figli, non vi sia luogo al fedecommesso legale dell' Editto: *Provisio hominis derogat legis provisioni.*

Gli stabili donati da un primo marito alla moglie, che si è rimaritata, sono essi proprj paterni o materni nella persona de' figli del primo letto, che gli hanno raccolti? Secondo i nostri principj, questi beni non essendo raccolti dai figli del primo letto a titolo di eredi della loro madre, nè per tener loro luogo nella successione, ma in qualità di eredi de' beni del loro padre, i quali a causa del secondo matrimonio della loro madre non le appartengono, se non coll' obbligo di restituirli ad essi, ne segue che questi beni non sono proprj materni, ma paterni. Essi sono donatarj del loro padre in secondo grado come se il loro padre avesse donati questi beni coll'obbligo di restituirli loro. La legge supplisce a ciò che il loro padre ha tralasciato di fare. Questo è il sentimento di Ricard e di Molineo, Duplessis e Lebrun sostengono il parere contrario, ch' essi appoggiano con ragioni, che non meritano risposta.

§ 3. *A quali figli debbono essere riservati i beni donati alla loro madre.*

I beni deggiono essere riservati ai soli figli provenienti dal matrimonio di colui, che ha fatta donazione a sua moglie, che si è rimaritata.

Non è già necessario per poterli raccogliere, ch' essi sieno eredi della

loro madre come l'abbiamo già osservato; non è neppur necessario ch'essi sieno eredi del loro padre, perchè lo Editto riserva loro questi beni soltanto in qualità di figli.

Nondimeno, colui, il quale sarà stato giustamente diseredato da suo padre, non può domandar cosa alcuna; perchè se la diseredazione lo rende indegno di raccogliere i beni di suo padre a titolo di successione, essa deve renderlo a più forte ragione indegno di accoglierli in virtù dell' Editto. Colui ch' è indegno, riguardo a'beni di suo padre, di aver parte anche al diritto delle successioni, deve a più forte ragione essere riputato indegno di un beneficio particolare della legge. Tal è quello dell' Editto.

Colui che non sarà stato diseredato da suo padre, ma dalla sua madre, potrà egli parteciparvi? Si può dire, che la diseredazione della madre può privare i figli soltanto della sua sostanza; che questi beni, secondo i principj stabiliti nel precedente paragrafo, essendo devoluti ai figli del primo letto, non già quali beni della loro madre, ma quali beni del loro padre, colui, ch' è stato diseredato soltanto dalla madre, deve parteciparvi. Ma si può dire da un' altra parte che il motivo dell' Editto sia desunto dal dovere di amore e di tenerezza, che le mogli deggiono conservare pe'figli del loro primo matrimonio, al qual dovere l' Editto non permette di mancare. Ciò risulta dai termini dello stesso Editto: « Siccome le madri vedove ..... mettendo in obblio il dovere di natura verso i loro figli, dal di cui affetto esse dovrebbero tanto meno allontanarsi par la morte de' padri, in quanto che vedendoli privi di ogni soccorso, esse dovrebbero impegnarsi ad esercitare verso loro il doppio uffizio di padre e di madre ». Che se il motivo dell' Editto in queste due disposizioni è tratto dal dovere di amore verso i figli, ne segue che allorquando se ne sono resi indegni, cessa il motivo dell' Editto; e per conseguenza cessando la ragione della legge, deve pure cessare la legge riguardo a questi figli.

Benchè l' Editto non si esprima nella seconda parte in termini espressi circa ai figli de' figli, come lo fa nella prima parte, nondimeno egli è certo che questi sono compresi in questa seconda parte sotto il termine generale di *figli*, a'quali l'Editto ordina alla donna, che si rimarita, di riservare i beni pervenutile dal loro padre, e che i nipoti deggiono venire per rappresentazione alla divisione di questi beni. Le medesime ragioni, su le quali l' Editto è fondato, si rinvengono sì riguardo ai nipoti come riguardo a'figli. La donna, che si rimarita, è obbligata verso di essi ai medesimi doveri di amore. I diritti e le speranze de' nipoti ai beni dei loro ascendenti sono eguali a quelli de' proprj figli: la donna deve adunque essere egualmente obbligata di conservarli loro.

Si domanda se il primogenito tra i figli debba avere il diritto di primogenitura ne' beni donati dal primo marito alla donna che si è rimaritata. Sembra che non debba esservi alcun diritto di primogenitura, perchè questo è dovuto al primogenito in qualità di erede. Ora noi abbiamo detto che questi beni appartenevano a' figli non in qualità di eredi, ma nella loro sola qualità di figli del primo letto. Nondimeno Ricard decide, che il primogenito debba avere il diritto di primogenitura su questi beni. Il suo sentimento può esser fondato sopra una ragione quasi simile a quella allegata nella prima parte dell'Editto; cioè che l' Editto ordina che questi beni sieno riservati ai figli del primo letto, affinche quelli che soffrono un pregiudizio in conseguenza del matrimonio della loro madre, la quale ordinariamente volge il suo amore al nuovo marito, ed ai nuovi figli, non sieno soggetti ad un altro pregiudizio per le donazioni fatte dal loro padre alla madre; e siccome il primogenito anderebbe soggetto a maggior pregiudizio, egli deve avere in proporzione maggior parte al beneficio dell' Editto che loro conserva i beni della loro madre.

§ 4. *Casi ne' quali cessa la seconda disposizione dell' Editto.*

Si domanda se la disposizione dello Editto, la quale obbliga la moglie, che

si è rimaritata, a conservare a' suoi figli del primo letto ciò che essa ha avuto a titolo lucrativo dal suo primo marito, debba cessare allorchè all' epoca della sua morte essa non lascia altri beni a' suoi figli del secondo letto. Secondo i nostri principj bisogna dire, che la disposizione non deve cessare di aver luogo; che invano i figli del secondo letto richiamerebbero la loro legittima, perchè questa si prende soltanto sopra ciò che rimane dopo che tutt' i debiti sono estinti, e se non vi rimane cosa alcuna non vi ha legittima. Ora la restituzione di questi beni a' figli del primo letto è un debito contratto dalla donna rimaritandosi, o, per meglio dire, contratto dalla donazione stessa, la quale è stimata essere fatta soltanto sotto la condizione di questa restituzione nel caso in cui essa si rimariterà.

Duplessis conviene che tale decisione è conforme al rigore del principio; ma egli dice, che l'equità potrà forse far decidere altrimenti secondo le circostanze. Questa limitazione soffre difficoltà.

Si domanda se nel caso che il secondo marito sia morto senza figli, la moglie ricuperi la libertà di disporre delle cose che le sono state donate dal suo primo marito. Duplessis e Lemaitre decidono per l' affermativa, adducendo per ragione, che cessando il secondo matrimonio, o non rimanendovene alcun vestigio allorchè il secondo marito è morto senza figli, cessa la causa che dava luogo alla proibizione di disporre, e cessa pure per conseguenza questa proibizione che ne è l' effetto: *cessante causa, cessat effectus.* Questa decisione mi sembra appoggiata ad un falso fondamento. Propriamente parlando, il secondo matrimonio non è la causa della proibizione di disporre. Questa causa è il fedecommesso legale, inerente alla donazione nel caso del secondo matrimonio: questo secondo matrimonio è soltanto la condizione, da cui dipende il fedecommesso, e basta che sia esistito, per darsi luogo al fedecommesso legale al tempo della morte della donna, la quale è la seconda condizione da cui dipende Ora, la condizione del passaggio alle seconde nozze non cessa di essere esistita, benchè il secondo marito sia morto senza figli. Del resto tutti convengono che abbia luogo la proibizione, allorchè vi sono de' figli del secondo matrimonio.

§ 5. *Se i figli del primo letto sieno esclusi dal partecipare alle donazioni del secondo marito.*

Alcuni autori lo asseriscono; ma il loro sentimento è senza fondamento.

ARTICOLO IX.

Dell' estensione data dagli Statuti di Parigi e di Orleans riguardo a' beni acquistati durante il primo matrimonio.

La comunione, che la moglie rimaritata ha contratta col suo primo marito, non essendo di sua natura un titolo lucrativo, ma un contratto di commercio, in cui ciascuno porta dal canto suo qualche cosa, ne segue che i beni di questa comunione non sono compresi nella seconda disposizione dell' Editto, e che la moglie può disporne, ed anche donarli al pari degli altri beni al suo secondo marito fino alla concorrenza di una parte eguale a quella spettante ad uno dei figli.

Gli Statuti di Parigi e di Orleans, in forza di una disposizione loro particolare, hanno data una estensione all'Editto, proibendo alla donna, che si rimarita, di disporre in alcun modo de' beni acquistati in una precedente comunione in favore del suo secondo o altri susseguenti mariti, ed anche di disporne in favore di ogni altra persona in pregiudizio delle parti spettanti a'figli dei precedenti letti sopra i detti beni.

§ 1. *Quali beni sieno compresi in questa disposizione.*

Si è agitata la questione, se il termine di beni acquistati, secondo gli Statuti di Parigi e di Orleans, comprendesse i beni tanto mobili quanto immobili della prima comunione; o se dovessero essere limitati agl' im-

mobili. Da una parte si può dire, che sebbene il termine di beni acquistati sia generico e capace di significare tutto ciò che è stato acquistato durante la comunione tanto in mobili che in immobili, nondimeno, ordinariamente parlando, s' intendono piuttosto gl' immobili che i mobili. D' altronde la difficoltà che può esservi nel distinguere il mobiliare acquistato durante la prima comunione da quello acquistato prima e dopo la comunione, ed il poco riguardo che le nostre leggi hanno ordinariamente pei mobili, sono ragioni che fanno inclinare a credere, che i nostri Statuti abbiano voluto parlare in questa disposizione soltanto degl'immobili. Queste ragioni sono grandi; e si riporta una decisione del 1653, la quale ha così giudicato; ma in seguito è stato giudicato in virtù di una celebre decisione del 4 maggio 1697, e da un' altra del 1698, chiamata la decisione di Garanger, e che hanno sopra questo punto fissata la giurisprudenza, che lo Statuto di Parigi comprendeva nella sua disposizione sotto il termine di beni acquistati tutt'i beni acquistati durante la prima comunione, sieno mobili sieno immobili. Queste decisioni sono fondate su la ragione, che il termine di beni acquistati comprendeva tanto i mobili quanto gl' immobili, e non doveva essere limitato a' soli immobili. Se ne trova la prova negli altri articoli dello Statuto, ove gl' immobili acquistati, durante la comunione, non sono chiamati semplicemente *beni acquistati*, ma *beni immobili acquistati*. Aggiungasi a ciò che lo Statuto di Parigi nella sua prima disposizione, allorchè dice che la donna, che si rimarita, non può disporre de'suoi beni proprj, e degli acquisti a favore del suo secondo marito per una parte maggiore di quella spettante ad uno dei suoi figli, avendo compreso sotto questo termine *acquisti* tutti i beni, che non sono proprj, sieno mobili, sieno immobili, ha potuto benissimo comprendere altresì sotto il termine di acquisti i mobili acquistati durante la comunione, come pure gl' immobili. Finalmente lo scopo dello Statuto essendo stato d'impedire, che i guadagni di una prima comunione fossero trasferiti al secondo marito, tanto i mobili, quanto gl' immobili si trovano egualmente compresi nella intenzione della legge, sopra la quale è fondata questa disposizione.

Vi ha un' altra questione, cioè, se ciò che la moglie ha portato in comunione per la parte ch' essa vi ha, sia soggetto a questa disposizione. Si può dire per la negativa, che vi passa una grande differenza fra ciò che la moglie medesima ha portato in comunione, e ciò che ha guadagnato la moglie, proveniente dall' opera del marito. Che se la moglie non riceve propriamente dal suo primo marito la parte ch' essa vi ha, giacchè ella la possiede da sè, almeno essa glien' è in qualche modo debitrice. Perciò questi beni avendo qualche affinità con quelli compresi nella seconda parte dell' Editto, lo Statuto vi ha estesa una parte della sua seconda parte, proibendo alla moglie di disporne a favore del suo secondo marito, perchè non è parsa cosa giusta che l' opera del primo marito servisse ad arricchire il secondo. Ora, queste ragioni non si rinvengono riguardo ai beni, che la moglie ha posti ella medesima nella sua prima comunione; dal che pare che si debba conchiudere, ch' essi non sono compresi nella disposizione dello Statuto.

Nondimeno Berroyer e Laurière nelle loro note sopra Duplessis dicono esser questo uno de' punti stabiliti dalla decisione di Garanger, che la moglie non possa disporre a favore del suo secondo marito anche delle cose ch' essa aveva poste in comunione. La ragione, su la quale è fondata questa decisione, si è, che il termine di *acquisti* fatti co' suoi precedenti mariti è generale, e comprende tutto ciò che ha fatto parte della comunione, ciò ch' è stato portato dai conjugi come quello ch' è stato acquistato in seguito; che l' intenzione de' contraenti si è, che le cose, che uno de'conjugi porta in comunione, abbiano lo stesso effetto e sieno suscettibili del medesimo diritto degli altri beni acquistati in tutto ciò che concerne l' interesse dell' altro conjuge, e de' suoi figli.

§ 2. *Della differenza che lo Statuto d' Orleans fa tra il secondo marito e gli estranei, riguardo alla proibizione dal medesimo fatta alla moglie di disporre de' beni acquistati.*

Lo Statuto d'Orleans fa questa differenza fra il secondo marito e gli estranei, cioè che esso proibisce assolutamente alla moglie, che si rimarita, di disporre in qualunque modo a favore del suo secondo marito de'beni acquistati durante la prima comunione; in vece che non le proibisce di disporne sia a titolo di donazione, sia oneroso in favore degli estranei, se non che delle parti dei detti beni che i suoi figli del primo letto avrebbero potuto avere nella sua successione, se essa non ne avesse disposto.

La donazione fatta al secondo marito de'beni acquistati è dunque nulla nella sua totalità, ed il marito non può ritenere sopra quelli, che gli sono stati donati, le parti che spetterebbero ai figli del secondo letto, se non gli fossero stati donati, dicendo che la donazione, che gli-n'è stata fatta, essendo nulla solamente in favore dei figli del primo letto, essa non deve esser nulla che per la loro parte; perchè s' egli potesse dirlo, non vi sarebbe alcuna differenza fra lui e gli estranei. Ma deve esservene una, poichè lo Statuto lo ha evidentemente espresso con questi termini: « Riguardo agli acquisti essa non può in alcun modo disporne in favore del secondo marito; però può disporne in favore di altre persone senza che questa disposizione possa in alcun modo pregiudicare alle parti, che i figli del primo matrimonio possono ripetere dalla loro madre». Questo termine *però* stabilisce chiaramente una differenza fra il secondo marito e gli estranei, e non lascia alcun luogo a dubitare, che le donazioni di beni acquistati fatte al secondo marito sieno totalmente nulle, e non già solamente per le parti de'figli del primo letto, come l' abbiamo stabilito.

Egli è vero che la disposizione dello Statuto non essendo fatta, che in favore de'figli del primo letto, se non ve ne sia alcuno al tempo della morte della moglie, i figli del secondo letto non potranno impugnare di nullità la donazione fatta al loro padre, nello stesso modo, che nel caso della seconda parte dell'Editto essi non potranno, se non vi esiste alcun figlio del primo letto, far ridurre la donazione fatta al loro padre, la quale eccedesse una parte uguale a quella spettante ad uno de'figli. Ma, siccome nel caso della prima parte dell'Editto, i figli del primo letto, quando ve ne sono al tempo della morte della loro madre, comunicano a quelli del secondo il diritto ch' essi hanno di far ridurre quanto vi ha di eccedente nella donazione fatta al loro padre, e dividono tutti questi beni diminuiti, i quali, provenendo dalla loro comune madre, sono beni a'quali essi tutti hanno un eguale diritto: similmente, nel caso dello Statuto, i figli del primo letto, se ve ne sieno all'epoca della morte della loro madre, comunicano a quelli del secondo letto il diritto ch'essi hanno di far annullare la donazione de' beni acquistati, e li dividono tutti insieme quali beni della loro comune madre, ch'essa non ha potuto donare.

Osservisi che siccome nel caso della prima parte dell' Editto, non è necessario che i figli sieno eredi della loro madre, che ha fatta donazione al suo secondo marito, per aver parte ai beni diminuiti, non è parimenti necessario che sieno eredi della loro madre per dividere i beni acquistati donati al secondo marito; perchè la moglie essendosene spogliata in virtù della donazione, che ne ha fatta al suo secondo marito, e che riguardo a lei è valida, ed è nulla solo riguardo a' suoi figli, questi beni acquistati non si trovano più nella sua successione, ma soltanto per beneficio della legge, che loro accorda un'azione rivocatoria della donazione.

Si possono fare altre questioni simili a quelle che noi abbiamo fatte circa la prima parte dell' Editto, e che si decidono collo stesso principio.

La cosa non è la stessa riguardo alle altre persone come riguardo al secondo marito. Le donazioni e le vendite che la madre, che si è rimarita-

ta, ha fatte ad altre persone, non sono, come l'abbiam già detto, rivocabili seunonchè per le parti spettanti a'figli del primo letto, e sono valide per il soprappiù. I figli del secondo letto non partecipano punto all'azione rivocatoria, la quale è accordata a quelli del primo letto soltanto per le loro parti.

Bisogna anche che i figli del primo letto, a' quali è accordata quest'azione rivocatoria, rinunzino alla successione della loro madre, affinchè possano ripetere le loro parti degli acquisti venduti; perchè se sono eredi, succedono all'obbligo di garentia; e quest'obbligo esclude la loro azione.

Che se la madre ne ha disposto a titolo di donazione, poichè la donazione non produce alcun obbligo di garentia, ne segue che i figli del primo letto potranno, benchè eredi della loro madre, ripetere le loro parti contro i donatarj de'beni acquistati.

Da ciò risulta un inconveniente; perchè i figli del secondo letto non avendo lo stesso diritto, ne risulterà che i figli del primo letto, chiamati alla successione della loro madre, avranno una maggior porzione de'beni della loro madre che i figli del secondo letto, chiamati egualmente che quelli alla successione, il che è contrario ai principj del nostro diritto francese riguardo alle successioni.

Osservisi che lo Statuto non fa una differenza fra i secondi mariti e le altre persone, che pel titolo di donazione, come risulta da questi termini, *non può in alcun modo disporre a favore*. Quanto ai titoli onerosi di commercio, il marito si trova confuso colle altre persone nella proibizione generale fatta alla moglie di disporre. Adunque allorchè la moglie ha portati nella comunione del suo secondo marito i beni acquistati nella prima comunione, contro altrettanti beni che il secondo marito per parte sua ha portati, formando ciò un contratto oneroso, se i figli del primo letto non rinunziano alla comunione, ed anche alla successione della loro madre, non potranno ripetere contro il secondo marito le loro parti sopra i beni acquistati posti in comunione.

Vi rimane la questione di sapere, se la differenza che lo Statuto di Orleans fa tra il secondo marito e le altre persone, circa la disposizione dei beni acquistati, abbia luogo nello Statuto di Parigi. Nel modo con cui esso si spiega pare ch'esso confonda il secondo marito colle altre persone; perchè senza fare alcuna distinzione delle persone esso si esprime così: « *E circa i beni acquistati co' suoi precedenti mariti*, non può disporre in pregiudizio delle parti, che i figli del primo letto potranno pretendere ».

§ 3. *In che differiscono le disposizioni degli Statuti di Parigi e di Orleans riguardanti i beni acquistati, e la seconda parte dell' Editto concernente le cose donate dal primo marito.*

La principale differenza, dalla quale nascono tutte le altre, si è, che la seconda parte dell'Editto ordina alla donna, che si rimarita, di conservare a'figli del precedente matrimonio, ad esclusione di tutti gli altri, ciò che le è stato donato dal loro padre; in vece che gli Statuti di Parigi e di Orleans non ordina alla donna, che si rimarita, di conservare gli acquisti che essa ha da un precedente matrimonio; ma proibiscono soltanto di disporne a favore di suo marito, ed anche in favore di qualsiasi persona in pregiudizio delle parti, che i figli del primo matrimonio potrebbero pretendere nella sua successione sopra i detti beni, se ella non ne avesse disposto.

La ragione di questa differenza si è, che i beni che sono stati donati alla moglie dal suo primo marito, possono esser considerati quali beni del suo primo marito, il quale gli ha donati a sua moglie con obbligo di restituirli al tempo della sua morte a'suoi figli nel caso ch' ella si rimaritasse. L'Editto supplisce alla donazione che n'è stata fatta, questa clausola di sostituzione legale cui dà luogo l' esistenza delle due condizioni, cioè quella del nuovo matrimonio, e quella della morte della moglie. Perciò l'Editto l'accorda soltanto ai figli del primo letto. Non si può dire la stessa cosa de'beni acquistati: benchè la moglie sia debitrice di questi beni alle cure, ed alla

opera di suo marito, nondimeno questi beni, che nella divisione della comunione sono caduti in sua proprietà, non le provengono da suo marito e sono anzi riputati non esser giammai appartenuti al medesimo, ma essere sempre appartenenti alla moglie fin dal tempo della loro acquisizione, secondo l'effetto retroattivo delle divisioni; e per conseguenza essi non possono essere considerati altrimenti che quali beni della moglie, a' quali per conseguenza tutt'i figli di questa donna, tanto quelli del primo quanto quelli del secondo letto, hanno un eguale diritto.

Presupposte queste differenze fondamentali fra la seconda parte dell' Editto, e la disposizione de' nostri Statuti, sarà agevol cosa di percorrere tutte le specie di differenze, e di rilevarne le ragioni.

Prima differenza. Vi ha luogo alla seconda parte dell' Editto, allorchè muore la donna che si è rimaritata, sia ch'ella abbia o no disposto delle cose che le sono state donate dal suo primo marito; e queste cose appartengono soltanto ai figli del suo primo matrimonio, sieno essi o no eredi della loro madre. Al contrario non vi ha luogo alla disposizione dei nostri Statuti riguardo a'beni acquistati, quando la donna, che si è rimaritata, è morta senz'averne disposto; ed essi si dividono quali beni della sua successione fra tutt'i figli tanto del primo che del secondo letto, i quali in questo caso non possono prendervi parte, che in qualità di eredi della loro madre.

Seconda differenza. Allorchè la donna ha disposto de'beni acquistati, non vi ha luogo, secondo gli Statuti di Parigi e di Orleans, all' azione rivocatoria, se non per le porzioni de'figli del primo letto, e la disposizione vale per il soprappiù; in vece che in virtù della seconda parte dell'Editto, la disposizione, che la madre rimaritata ha fatta delle cose a lei donate dal suo primo marito, è annullata nella sua totalità da' figli del primo letto.

Terza differenza. Le sole alienazioni fatte durante il secondo matrimonio possono esser pregiudicate per le porzioni de' figli del primo letto. Quelle fatte antecedentemente non possono essere in alcun modo pregiudicate, a meno che non si giustifichi che esse sieno state fatte in frode, e col disegno di farne passare il valore al secondo marito, che la donna era sul punto di sposare. Parimenti, quelle fatte dopo lo scioglimento del secondo matrimonio non possono venir pregiudicate: i nostri Statuti lo decidono in termini precisi. Al contrario in forza della seconda parte dell'Editto i figli del primo letto possono rivendicare contro i terzi acquirenti le cose donate dal loro padre alla madre che si è rimaritata, in qualsisia tempo essa ne abbia disposto, sia prima, sia dopo il suo matrimonio. La ragione della differenza si è, che, nel caso della seconda parte dell'Editto, il secondo matrimonio è quello, che dà luogo alla sostituzione legale dei beni donati alla moglie, che si è rimaritata dal suo primo marito, e non già le alienazioni che essa ne fa; giacchè quand' anche essa non gli avesse alienati, la sostituzione avrebbe nondimeno luogo a favore de'figli del primo letto, come l'abbiamo qui sopra veduto; in vece che riguardo a'beni acquistati lo Statuto avendo soltanto proibito alla donna rimaritata di alienare gli acquisti del suo primo matrimonio in pregiudizio delle porzioni de'figli del primo letto, la sostituzione legale di questi beni a favore dei detti figli non può derivare che dalla stessa alienazione che n' è fatta contro il divieto della legge. Perciò soltanto quelle alienazioni possono dar luogo alla sostituzione legale de'beni acquistati a favore de' figli.

Quarta differenza. I beni che i figli raccolgono in virtù della sostituzione legale della seconda parte dell' Editto, loro appartengono, come l'abbiamo deciso nel precedente articolo, quali beni proprj paterni, essendo essi riputati non essere stati donati alla loro madre, che coll'obbligo della restituzione. Al contrario i beni acquistati, nel caso de'nostri Statuti, loro appartengono come beni proprj materni per le ragioni addotte al principio di questo paragrafo.

§ 4. *Quando le disposizioni degli Statuti di Parigi e di Orleans cessano di aver luogo, e se queste si estendano all'uomo che passa a seconde nozze.*

Le disposizioni degli Statuti, riguardanti la proibizione fatta alla donna, che si rimarita, di disporre de' beni acquistati in pregiudizio delle parti de'figli del primo letto, cessano quando sia sciolto il secondo matrimonio. I nostri Statuti dichiarano formalmente, ch'essa ricupera la facoltà di disporre a suo piacimento.

La disposizione di questi Statuti cessa ancora maggiormente a causa della premorienza de' figli del primo letto prima della loro madre.

Riguardo alla questione, se la disposizione di questi Statuti debba estendersi all'uomo che passa a seconde nozze, essa ha incontrata altre volte qualche difficoltà. Molti opinavano ch'essa non doveva esservi estesa, la stessa ragione non militando per l'uomo come per la donna. L'uomo avendo la parte principale all'amministrazione degli affari della comunione, ed essendone anzi il solo amministratore, la moglie è obbligata alle cure ed all'opera del marito per gli acquisti ch'essa ha avuti da questo matrimonio, ciò che l'obbliga più particolarmente a conservare a'figli le parti che loro spettano sopra tali acquisti, e ciò ha servito di motivo alle disposizioni de'nostri Statuti. Ora, questa ragione essendo particolare alla moglie, sembra risultare che la disposizione di questi Statuti non debba essere estesa al marito. Nondimeno in forza della decisione del 1697, che abbiamo già citata, e che ha fissata la giurisprudenza, è stato giudicato, che l'uomo, che passa a seconde nozze, non possa disporre a favore della sua seconda moglie de'beni acquistati nella sua prima comunione: ed in questo punto la disposizione di questi Statuti è stata estesa all'uomo. Essa non lo è però generalmente, perchè risulta dalla decisione di Sourdeval che qualunque disposizione fatta ad altre persone fuorchè ad una seconda moglie, non sieno proibite all'uomo che è passato a seconde nozze, come sono proibite alla moglie.

Fine del Trattato delle Donazioni tra Vivi.

INDICE

DELLE MATERIE CONTENUTE

NEL TRATTATO

delle Donazioni tra Vivi.

Fine dell' Indice del Trattato delle Donazioni tra Vivi.

TRATTATO

DELLE DONAZIONI

FRA MARITO E MOGLIE

ARTICOLO PRELIMINARE

Noi divideremo questo capitolo in quattro articoli. Esporremo, nel primo, la varietà delle nostre leggi intorno alle donazioni fra marito e moglie: tratteremo, nel secondo, della natura di queste leggi: vedremo nel terzo, se si possa derogarvi nel contratto di matrimonio. Il quarto articolo poi conterrà la divisione di questo trattato.

ARTICOLO PRIMO.

Della varietà delle nostre leggi intorno alle donazioni fra marito e moglie.

1. Secondo il diritto romano, uno degli effetti del matrimonio era quello, che l'uomo e la donna, mentre erano uniti da questo vincolo, non potevano farsi l'un l'altra validamente alcuna donazione tra vivi. Ulpiano ci dà varie saggissime ragioni di questa disposizione: *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent: hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate*; *l.* 1. ff. *de donat. int. vir. et uxor*. Egli ne adduce anche un'altra ragione dicendo: *Majores nostri, inter virum et uxorem donationes prohibuerunt .... famae conjunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videntur; neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret*; *l.* 3, *dict. tit.*

2. Le sole donazioni tra vivi però erano proibite dal diritto romano fra i conjugi; era loro permesso di disporre a piacere, l'uno a favore dell'altro, con donazioni a causa di morte, o per testamento: *Inter virum et uxorem mortis causa donationes receptae sunt*; *l.* 9, § 2, ff. *d. tit.*; *quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt*; *l.* 10, ff. *d. tit.*

3. Il rigore del diritto romano, che dichiarava assolutamente nulle le donazioni tra vivi fra marito e moglie, venne moderato dalla costituzione degli imperatori Severo ed Antonino Caracalla suo figlio, ch'egli aveva associato all'impero. Questa costituzione ordina, che quando quel conjuge, che ha fatto una donazione di certe cose all'altro, muore senz'avere manifestato alcun cangiamento di volontà a questo proposito, l'erede del conjuge donante non è ammissibile a

ripetere le cose donate; dovendosi riputare che la morte del donante, avvenuta senza ch' egli abbia cangiato volontà, abbia confermato la donazione, senza esser necessario, da quel punto in avanti, ch' egli la confermasse con testamento. Ciò risulta dalle parole di questa costituzione riportataci da Ulpiano: *Ait oratio, fas esse eum quidem, qui donavit, poenitere; haeredem vero eripere, forsitan adversus supremam voluntatem ejus, qui donavit, durum et avarum esse*; *l.* 32, § 2, *ff. d. tit.*

4. Siccome l' erede del conjuge donante ch' è morto senza aver cangiato volontà, secondo i principj del diritto romano, non può ripetere dal conjuge donatario le cose donate, delle quali il donante gli ha fatta la tradizione; così egualmente allorchè uno de' conjugi ha, per donazione, fatta remissione all' altro conjuge dei crediti che aveva contro di lui, ed è morto senza aver cangiata volontà, il suo erede non è ammesso ad intentare domanda alcuna relativamente a questi crediti: *Sive res fuit quae donata est, sive obligato remissa, potest dici donationem effectum habituram*; *d. l.* 32, § 23.

5. Secondo il diritto dei digesti le sole donazioni, ch' erano state intieramente eseguite durante la vita del donante, morto in seguito senza avere cangiato volontà, erano confermate dalla costituzione di Caracalla, ma non si accordava un' azione al conjuge donatario per domandare esecuzione delle donazioni che gli erano state fatte dall' altro conjuge, ancorchè questi fosse morto senz' aver cangiata volontà: *Papinianus recte putabat orationem D. Severi ad rerum* (1) *donationem pertinere. Denique si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conveniri posse* (2) *haeredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit*; *l.* 23, *ff. d. tit.*

Ma Giustiniano, colla sua Novella 162, *cap.* 1, volle che le donazioni fra marito e moglie, ancorchè non eseguite mediante la tradizione, fossero confermate dalla morte del donante, che non aveva cangiata volontà; ed accorda, in questo caso, un' azione al conjuge donatario contro all' erede del donante, onde esigerne l'esecuzione.

6. Si è agitata la questione, se nelle provincie regolate dal diritto scritto, questi principj del diritto romano, che confermano le donazioni fra marito e moglie, quando il donante è morto senz' aver cangiato volontà, sieno stati abrogati dall' Ordinanza del 1731 la quale stabilisce nell' art. 3, *che vi saranno soltanto nei nostri stati due modi di disporre de' proprj beni a titolo gratuito, l' uno de' quali sarà la donazione tra vivi, l' altro i testamenti e codicilli.*

Secondo questa disposizione dell' Ordinanza, non vi possono essere che due specie di donazioni che sieno valide; le donazioni tra vivi cioè, e quelle rivestite delle formalità de' testamenti e de' codicilli. Ora, la donazione fra marito e moglie, sebbene il donante sia morto senza aver cangiata volontà, non appartiene nè all' una nè all' altra di queste due specie: essa infatti non è una donazione tra vivi, avendo il donante diritto di rivocarla sino all' istante della sua morte; essa non è rivestita delle formalità de' testamenti e dei codicilli; essa non può dunque in oggi esser valida.

Malgrado queste ragioni, sembra che i Parlamenti delle provincie di diritto scritto sieno rimasti attaccati ai principj del diritto romano intorno alla conferma delle donazioni fra marito e moglie, mediante la morte del donante senza che abbia cangiata volontà. Ciò apparisce dall' art. 40 delle risposte date dal Parlamento di Tolosa, dopo l' Ordinanza del 1731, alle quistioni proposte dal cancellier d' Aguesseau. In esso si dice, che la legge romana, a cui il Parlamento si conforma nelle sue decisioni, proibisce, per verità, le donazioni fra marito e moglie; ma vuole però che sieno confermate dalla morte del donante, allorchè questi ha perseverato nella stessa volontà.

Riguardo al Parlamento di Parigi,

(1) *Donationes rerum appellat, eas quae re seu traditione consummatae sunt.*

(2) La legge 33, ff *d. tit.*, sembra contraria. Veggasi la conciliazione da noi riportata nelle nostre note a questa legge, *in Pandect. Jus., d. tit., n.* 33.

la quistione vi si è presentata l' anno scorso. Un marito, per avvantaggiare sua moglie, le avea rilasciato una quitanza d'una certa somma per aumento di dote, senza averla ricevuta La donna, dopo la morte del marito, domandò questa somma. Essa accordava bensì che suo marito non l'aveva ricevuta, e che la quietanza a lei rilasciata dal marito era un vantaggio che questi aveva voluto farle; ma sosteneva che questo vantaggio era valido, essendo stato confermato dalla morte di suo marito senza che cangiasse volontà a questo proposito. I primi giudici infatti avevano così giudicato; ma con decisione emessa dalla terza sezione de' ricorsi, nello scorso mese di agosto, la sentenza venne riformata, e fu rigettata la domanda della donna. Con questa decisione venne giudicato, che il vantaggio, che il marito avea fatto alla moglie con questa quitanza, non avea potuto esser confermato dalla morte del marito, ostando l' Ordinanza del 1731.

7. Riguardo ai nostri Statuti, vi è molta varietà fra di loro intorno alle donazioni fra marito e moglie. Noi li divideremo in quattro classi principali.

Prima Classe.

8. La prima classe comprende quegli Statuti che proibiscono ogni donazione ed ogni vantaggio diretto o indiretto fra marito e moglie durante il matrimonio, e tanto le donazioni testamentarie, quanto quelle fra vivi. In questa classe sono gli Statuti di Parigi e d' Orleans, e la maggior parte degli altri Statuti.

Questi Statuti però, in maggior parte, stabiliscono un' eccezione ad una tale proibizione, permettendo ai conjugi di farsi durante il matrimonio un dono reciproco, almeno di certi beni, ed in certi casi. Riguardo a questo dono scambievole, avvi grandissima varietà, che noi osserveremo nella seconda parte di questo trattato.

Seconda Classe.

9. La seconda classe comprende quegli Statuti, che proibiscono bensì le donazioni tra vivi fra marito e moglie durante il matrimonio, eccetto il dono reciproco riguardo a certi beni, ed in certi casi; ma permettono loro le donazioni testamentarie.

Vi sono due sorta di suddivisioni da farsi riguardo a questi Statuti, che permettono ai conjugi di farsi tra di loro donazioni per testamento.

10. *Prima suddivisione.* Questa suddivisione riguarda il caso in cui questi Statuti permettono ad uno de' conjugi di donare all' altro per testamento. Molti, come Chartres, Chateauneuf, Pèronne, ec. lo permettono tanto nel caso che abbia, quanto nel caso che non abbia figli. Al contrario lo Statuto di Nantes, lo permette soltanto nel caso in cui non abbia figli.

11. *Seconda suddivisione.* Questa suddivisione riguarda ciò che questi Statuti permettono ad un conjuge di donare all' altro per testamento. Ve ne sono alcuni che permettono ad un conjuge di donare per testamento all'altro conjuge tutto ciò che potrebbe donare per testamento ad un estraneo. Tali sono gli Statuti di Pèronne, *artic.* 111; di Ponthieu, *tit.* 2, *art.* 24; quello di Château-neuf, *cap.* 17, *artic.* 113; quello di Dreux, *tit.* 18, *art.* 81; quello di Chartres, *cap.* 17, *art.* 91; eccetto che in quello di Perche, ch'è locale di Chartres, un conjuge non può donare all' altro, per testamento, la rendita di un anno di tutti i suoi beni proprj, che avrebbe potuto donare ad un estraneo.

Altri Statuti, che permettono ad un conjuge di donare all' altro per testamento, lo permettono soltanto sotto certe restrizioni. Tale è quello di Reims, *art.* 291, che permette bensì a un conjuge di legare all' altro in mobili ed acquisti in proprietà, ma non permette loro di disporre, per testamento l'uno a favore dell' altro, *della metà de' loro beni di nascita e dei loro acquisti fatti prima del loro matrimonio, senonchè per l' usufrutto.*

Finalmente vi sono degli Statuti che a questo proposito distinguono il caso in cui il conjuge abbia, dal caso in cui non abbia figli. Tale è quello di Amiens, *tit* 5, *art.* 107, che permette ad un conjuge, che non ha figli, di donare per testamento al-

lo altro conjuge, tutto ciò che potrebbe donare per testamento ad un estraneo; ma che non gli permette di donargli per testamento cosa alcuna, senonchè in usufrutto, allorchè ha figli.

12. Si fece questione, se gli Statuti che hanno proibite le donazioni tra vivi fra i conjugi, e che non si sono spiegati sulle testamentarie, debbano esser posti in questa classe. Io credo ch' essi vi debbano esser posti, e che sia permesso in questi Statuti, ad uno de' conjugi, di donare all'altro, per testamento, tutto ciò che per testamento potrebbe donare ad un estraneo. La ragione si è, che la libertà naturale che ha ciascuno di disporre de' suoi beni a suo piacere, a favore di chi gli piace può essere ristretta soltanto da una legge proibitiva. Ora, non se ne riscontra alcuna negli Statuti che hanno proibito ai conjugi le donazioni tra vivi, senza parlare delle testamentarie; non si può dedurre alcuna conseguenza dalla proibizione da essi fatta delle donazioni tra vivi, per concludere che abbiano parimenti proibito le testamentarie, poichè in questi due casi non ha luogo la stessa ragione. La violenza e le istigazioni, che si debbono temere nella donazioni tra vivi, che sono irrevocabili, non si debbono temere egualmente nelle testamentarie, che un testatore è sempre padrone di rivocare segretamente allorchè le ha fatte contro sua volontà. Quindi il diritto civile, che proibisce le donazioni tra vivi, non lascia di permettere espressamente le testamentarie.

Se lo Statuto di Parigi e varj altri hanno proibito le donazioni testamentarie fra i conjugi al pari di quelle tra vivi, ve ne ha un gran numero di altri che permettono loro espressamente le testamentarie, per cui non si può dire che quelli, che le proibiscono, costituiscano un diritto comune per tutti i paesi statutarj, e quindi si estendano fuori del loro territorio. Finalmente Coquille nel suo commentario all' *articolo* 27 del *titolo* 23 dello Statuto del Nivernese, il quale è nel numero di quelli che proibiscono le donazioni tra vivi senza parlare delle testamentarie, attesta che l' uso della provincia è di riguardarle come permesse; e riporta una decisione del 1531, la quale ha giudicato, ch'era permesso ad uno de' conjugi di donare all'altro per testamento, negli Statuti che non avevano disposizioni contrarie.

Terza Classe.

13. La terza classe comprende gli Statuti che non solo ammettono le donazioni testamentarie fatte da un conjuge all' altro, ma anche le semplici donazioni tra vivi, quando il conjuge è premorto senza averle rivocate, conformemente ai principj del diritto romano. Tale è lo Statuto di Turena, nel caso soltanto in cui il conjuge non abbia figli. Tale è quello di Poitou, tanto nel caso in cui il conjuge abbia figli, quanto nel caso in cui non ne abbia alcuno.

Riputandosi che l' Ordinanza del 1731 abbia abrogato questa disposizione del diritto romano, come abbiamo veduto, *supra*, *n.* 6, deve per la stessa ragione riputarsi, che abbia abrogato la disposizione di questi Statuti, i quali per conseguenza rientrano nella seconda classe.

Quarta Classe.

14. La quarta classe degli Statuti comprende quelli, che permettono ad uno de' conjugi, di fare all'altro delle semplici donazioni tra vivi, almeno in certi casi, e sotto certe restrizioni.

Tale è quello d' Angoumois, *artic.* 52, che permette ad un conjuge di fare all'altro, durante il matrimonio, una donazione tra vivi, o reciproca, o in semplice usufrutto de'suoi mobili degli acquisti, e del terzo dei suoi beni proprj nel caso in cui non abbia figli.

Quello di Montfort, che parimenti permette ai conjugi di donarsi l' un l' altro, con donazione tra vivi, in usufrutto i loro mobili e coacquisti, ed il quarto de' loro beni proprj, quando non abbiano figli.

Quello di Noyon è ancor più favorevole ai conjugi: esso permette loro, *tit.* 13, *art.* 21, di farsi delle dona-

zioni tra vivi l'uno l'altro, o che abbiano o che non abbiano figli, eccetto che, quando non hanno figli, permette ai conjugi di donarsi l'un l'altro tra vivi, la proprietà de'loro mobili ed acquisti e l'usufrutto della metà de'loro beni proprj; mentre invece quando hanno figli, permette loro soltanto la donazione de' loro mobili ed acquisti, salva la legittima de' figli; e non permette loro di donarsi parte alcuna de' beni proprj.

Lo Statuto di Saint-Jean-d' Angely è pure nel numero degli Statuti, che permettono le donazioni semplici tra vivi, al pari delle reciproche. Maichain, nel suo commentario sull' *art.* 13 del *tit.* 8 di questo Statuto, dice che se ne era dubitato nella provincia, e che molti avevano inteso l'articolo 13, che contiene questo permesso, non come relativo alle vere donazioni tra vivi, ma come relativo a quelle ch' erano confermate dalla morte del donante trapassato senza averle rivocate; ma quest' interpretazione essendo contraria al senso ovvio del testo, senza che vi fosse cosa alcuna nello Statuto che la favorisse, venne rigettata, e fu giudicato con una decisione del Parlamento di Bordeaux del mese di maggio 1642, nel caso di una donazione semplice tra vivi fatta da una moglie a suo marito, durante il matrimonio, ch' essa era una vera donazione tra vivi, che la donante non avea potuto rivocare.

Lo Statuto di Auvergne, *cap.* 14, *art.* 28, fa una distinzione tra l'uomo e la donna. Esso permette all' uomo di fare a sua moglie una donazione tra vivi di tutti i suoi beni, salva la legittima de' figli; e non permette alla moglie di donar cosa alcuna al marito.

15. Si è agitata la questione, riguardo agli Statuti che permettono le donazioni tra vivi, e che non si sono spiegati intorno alle testamentarie, se le restrizioni da essi apposte al permesso delle donazioni tra vivi, debbano estendersi alle testamentarie; per esempio se nello Statuto di Montfort che permette ai conjugi, quando non abbiano figli, di farsi l' un l'altro delle donazioni tra vivi, ma con la restrizione che possono donarsi soltanto l' usufrutto, questa restrizione debba estendersi alle donazioni testamentarie. Thouret, sullo Statuto di Montfort, riporta due decisioni, una del 13 aprile 1604, e l' altra del 7 settembre 1637, le quali hanno giudicato che, in questo Statuto, la restrizione non deve estendersi alle donazioni testamentarie, e i conjugi possono legarsi tutto ciò che è permesso di legare ad un estraneo, ed egli attesta che questo è l'uso costante della sua provincia.

Infatti, se la proibizione espressa ed assoluta, che i varj Statuti fanno di ogni donazione tra vivi fra i conjugi, non s' estende alle testamentarie delle quali non hanno parlato, come abbiamo stabilito *supra*, n. 12, la proibizione che questo Statuto fa tacitamente delle donazioni tra vivi, in proprietà, permettendo farle in usufrutto, non deve parimenti estendersi alle donazioni testamentarie.

16. Sembrerebbe che l'altra restrizione fatta da questo Statuto al permesso delle donazioni tra vivi, accordando la facoltà di farle nel solo caso in cui non esistano figli, non dovrebbe egualmente estendersi alle testamentarie, intorno alle quali lo Statuto non si è spiegato. Ciò non ostante Thouret ci attesta che nella sua provincia, l' uso costante è di estendere alle donazioni testamentarie una tale restrizione, e di riputare i conjugi che hanno figli incapaci di farsi l' un l'altro donazione alcuna tanto testamentaria quanto fra vivi. La ragione che ne adduce si è, che la proibizione delle donazioni tra vivi, fatta da questo Statuto nel solo caso in cui esistano figli, è unicamente fondata sul favore de'figli; lo stesso motivo, che ha indotto lo Statuto a proibire le donazioni tra vivi in questo caso, riscontrandosi riguardo alle testamentarie, si deve concluderne, che lo spirito dello Statuto è di proibire egualmente in questo caso ai conjugi di farsi l' un l' altro ogni donazione testamentaria, secondo la regola: *Ubi eadem ratio et aequitas occurrit, idem jus statuendum est.*

17. Si fa un'altra questione riguardo agli Statuti, i quali non permettono le donazioni semplici tra vivi e le donazioni testamentarie, che nel solo

caso in cui i conjugi non abbiano figli: ed è, se per render valida una donazione semplice tra vivi o una donazione testamentaria in questi Statuti, basti che quegli che ha fatto la donazione non abbia figli, sebbene colui, al quale è stata fatta, ne abbia da un precedente matrimonio. Sembra che ciò basti, poichè la proibizione di queste donazioni, nel caso d'esistenza di figli, essendo fondata soltanto sul favore de' figli, i soli figli del donante possono mettervi ostacolo, avendo essi soli interesse ad impedirla.

ARTICOLO II.

Della natura delle leggi, che riguardano le donazioni fra marito e moglie.

18. Le leggi municipali, che riguardano le donazioni fra marito e moglie, avendo per oggetto di stabilire quali donazioni si debbano permettere o proibire a due conjugi di farsi l'un l'altro *de' loro beni*, sono Statuti reali; poichè chiamansi Statuti reali quelli che hanno per oggetto i beni.

Secondo la natura degli Statuti reali, la sola legge che regola ciascuno de' beni de' conjugi è quella che deve decidere, se è loro permesso o vietato di donarseli l' un l' altro. I beni che hanno una situazione, come sono i terreni e le case, sono regolati dalla legge del luogo in cui sono situati.

Parimenti, i diritti reali che noi abbiamo in qualche stabile, come per esempio un diritto di rendita territoriale, riputandosi avere la stessa situazione dello stabile, sono regolati dalla legge del luogo in cui lo stabile è situato.

Le rendite sul re, riputandosi avere la loro situazione nel luogo dell'uffizio del pagamento delle annualità, sono regolate dalla legge di questo luogo. Le rendite per esempio sull' Hôtel de-Ville di Parigi, sono regolate dallo Statuto di Parigi, in cui è situato lo uffizio del pagamento delle dette rendite.

Le cariche riputandosi avere la loro situazione nel luogo in cui è posta la principal sede del loro esercizio, la legge di questo luogo è quella che le regola.

È dunque la legge del luogo, in cui questi diversi beni sono o si reputano situati, che deve decidere se le donazioni di essi, fatte da un conjuge allo altro, sieno permesse o vietate, nulla influendo a questo proposito il luogo in cui i conjugi hanno il loro domicilio: perchè è carattere degli Statuti reali l' esercitare il loro impero sui beni, che vi sono soggetti, senza avere riguardo alle persone a cui appartengono, e sebbene esse abbiano il loro domicilio in altre provincie.

Secondo questi principj, se due conjugi domiciliati a Lione hanno degli stabili situati sotto lo Statuto di Parigi, o de' canoni su' beni di Parigi, o delle rendite costituite sull' Hôtel-de-Ville di Parigi, o su qualche carica che s' esercita a Parigi; sebbene la legge osservata a Lione, che è paese di diritto scritto, permetta ai conjugi di donarsi l' un l' altro per testamento tutti i loro beni, nulla di meno il conjuge, a cui appartengono i detti beni, non potrà nulla donare all'altro, perchè lo Statuto di Parigi, che regola i detti beni, non lo permette.

Vice versa, se due conjugi domiciliati a Parigi, hanno de' beni situati nel Lionese, potranno disporre per testamento l' uno in favore dell' altro, sebbene lo Statuto di Parigi, in cui hanno il loro domicilio, proibisca ai conjugi di donarsi cosa alcuna, nè tra vivi, nè per testamento.

19. Le rendite costituite, ad eccezione di quelle del re, quand' anche fossero assegnate specialmente su qualche stabile, si reputa che non abbiano alcuna situazione; seguono per conseguenza la persona a cui appartengono, e sono regolate dalla legge del domicilio di questa persona. Lo stesso si dica di tutti i beni mobili, sieno corporali, sieno incorporali.

La legge dunque del domicilio dei conjugi, a cui i beni di questa specie appartengono, è quella che deve decidere se la donazione, che il conjuge cui appartengono ne ha fatta all' altro, sia permessa o proibita.

Le donazioni tra vivi ricevendo tutta la loro perfezione nel momento in cui sono fatte, è la legge del domicilio, che i conjugi hanno nel momento in cui si fa la donazione, quella che deve sola decidere se è permessa o proibita

la donazione che uno de' conjugi ha fatta all' altro de' beni di questa specie; e non si ha alcun riguardo alla legge del domicilio ch' essi avevano al tempo in cui si sono maritati. Quindi se due conjugi, che al tempo del loro matrimonio aveano il loro domicilio sotto lo Statuto di Parigi, che proibisce ogni vantaggio tra conjugi, hanno dipoi trasferito il loro domicilio sotto lo Statuto di Noyon, che permette le donazioni fra marito e moglie, la donazione de' beni di questa specie, fatta da uno di essi allo altro, dopo la loro traslazione di domicilio a Noyon, sarà valida.

Viceversa, se due conjugi che aveano il loro domicilio a Noyon allorchè si sono uniti in matrimonio, l' abbiano in seguito trasferito a Parigi, sebbene lo Statuto di Noyon, sotto al quale si sono maritati, permetta loro di farsi l' un l' altro delle donazioni tra vivi de' beni di questa specie, essi non potranno più farsi tali donazioni validamente dopo la loro traslazione di domicilio a Parigi. Ma la donazione, che uno di essi avesse fatta all' altro mentre avevano ancora il loro domicilio a Noyon, sarà valida, sebbene lo abbiano dipoi trasferito a Parigi.

20. Si osservi che se due conjugi, che al tempo del loro matrimonio erano domiciliati sotto ad uno Statuto che proibisce le donazioni fra marito e moglie, abbiano trasferito il loro domicilio sotto ad uno Statuto che le permette; per acquistare il potere di donarsi l' un l' altro i loro beni mobili e le loro rendite, bisogna che questa traslazione di domicilio sia sincera; che il nuovo domicilio sia un domicilio vero, in cui abbiano avuto disegno di fissarsi per sempre e non un domicilio simulato. Si giudica di questa intenzione dalle circostanze. Se, per esempio, un parigino dopo d'essersi ammogliato a Parigi con una donna parigina, conduce sua moglie a Noyon, prende ivi in affitto una casa, si fa iscrivere sul registro della capitazione de' cittadini di Noyon e vi dimora per tre o quattro anni, durante i quali fa una donazione a sua moglie dei suoi mobili o di tutte le sue rendite, dopo di che abbandona Noyon e ritorna a dimorare a Parigi; egli è evidente, in questo caso, che il domicilio, che quest'uomo pretende di aver avuto a Noyon, è un domicilio simulato e non vero; ch'egli non ebbe intenzione di fissare il suo domicilio a Noyon; ch' egli vi è andato e v' ha passato un certo tempo soltanto per fare la donazione a sua moglie; quindi deve riputarsi che quest' uomo abbia sempre conservato il suo domicilio a Parigi, ove ebbe sempre la volontà di ritornare; egli per conseguenza non ha cessato di esser soggetto allo Statuto di Parigi, e la donazione fatta a sua moglie è nulla.

Ma se questo parigino ha avuto veramente intenzione di fissare il suo domicilio a Noyon, lo che apparisca dall' aver egli dimorato effettivamente a Noyon sino allo scioglimento del suo matrimonio, o almeno durante un tempo considerabile, egli avrà cessato di esser soggetto allo Statuto di Parigi dal momento in cui ha trasferito il suo domicilio a Noyon, e la donazione, ivi fatta a sua moglie, debb'essere giudicata valida.

21. Ciò ha luogo quand'anche questo parigino si fosse indotto a trasferire il suo domicilio a Noyon unicamente ad oggetto di poter fare a sua moglie la donazione, che realmente le ha fatta, purchè abbia veramente avuto intenzione di fissarvi il suo domicilio per sempre. La donazione che il parigino fa in questo caso a sua moglie, dopo la sua traslazione di domicilio a Noyon, è permessa tanto nel foro della coscienza, quanto nel foro civile, nè si può dire che la traslazione di domicilio e la donazione sieno fatte in frode della legge. Una persona agisce in frode della legge, allorchè, dimorando sotto l' impero della legge stessa, fa per vie obblique qualche cosa che la legge proibisce, qualche cosa che, senza apparir contraria alle parole della legge, è opposta al di lei spirito: *In fraudem legis facit, qui, salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit*; *l.* 29, ff. *de Legib.* Ma non si opera nulla in frode della legge, col sottrarsi, per una via lecita, all' impero di una legge positiva e locale. Le nostre leggi municipali essendo leggi positive e locali, ch' estendono il loro impero soltanto sulle persone che hanno domi-

cilio nel loro territorio, ed essendo permesso a chiunque di trasferire il suo dimicilio da un luogo all' altro; questo parigino non fa nulla in frode della legge di Parigi trasferendo il suo domicilio a Noyon, per sottrarre la sua persona ed i diritti annessi alla sua persona all' impero dello Statuto di Parigi: *Non videtur dolo facere qui jure communi utitur*; purchè abbia veramente intenzione di trasferirvi il suo domicilio. Imperciocchè s' egli avesse intenzione di ritornare nel luogo del suo primo domicilio, una tale intenzione di ritorno gli conserverebbe questo primo domicilio, alle leggi del quale continuerebbe sempre ad esser soggetto.

22. Noi abbiamo veduto riguardo alle donazioni tra vivi che un conjuge ha fatte all'altro de'suoi beni mobili o delle sue rendite, che è la sola legge del luogo, in cui le parti aveano il loro domicilio al tempo della donazione, quella che deve decidere se una tal donazione è permessa o vietata, senza che abbiasi riguardo alla legge del luogo, in cui dipoi hanno trasferito il loro domicilio, ma non deve dirsi lo stesso riguardo alle donazioni testamentarie. Siccome queste acquistano la loro perfezione, ed anche il loro essere, soltanto al tempo della morte del testatore, così, sebbene il conjuge che ha disposto de' beni di questa specie a vantaggio dell' altro conjuge, avesse, al tempo che ha fatto testamento, il suo domicilio sotto ad uno Statuto che permette queste disposizioni, la disposizione non sarà valida, se al tempo della sua morte ha il domicilio sotto ad uno Statuto che la proibisce. Per esempio, se un uomo domiciliato sotto allo Statuto di Chartres, che permette ai conjugi di disporre per testamento de' loro beni l' uno a favore dell' altro, dopo di avere fatto il suo testamento a Chartres, col quale ha legato tutti i suoi beni mobili alla moglie, trasferisce il suo domicilio a Parigi, ed ivi muore; il legato fatto a sua moglie sarà nullo, non essendo permesso dallo Statuto di Parigi, dal quale erano regolati i suoi beni mobili al tempo della sua morte.

ARTICOLO III.

Se le parti possano nei loro contratti di matrimonio derogare alle leggi riguardanti le donazioni fra marito e moglie.

23. Bisogna a questo proposito distinguere le leggi proibitive che vietano le donazioni fra marito e moglie, da quelle che le permettono. Non avvi dubbio che le parti non possono nel loro contratto di matrimonio derogare alla leggi proibitive, che vietano le donazioni fra marito e moglie. La ragione si è che, *jus publicum privatorum pactis mutari non potest*; *l.* 38, *ff. de pact. Privatorum conventio juri publico non derogat*; *l.* 45, *ff. de reg. jur.*

Quindi, se con una clausola di un contratto di matrimonio, ancorchè stipulato in un luogo in cui le Statuto permette le donazioni fra marito e moglie, riguardo alle persone domiciliate sotto al suo impero, venisse stabilito che in qualunque luogo le parti trasferissero il loro domicilio, ed in qualunque luogo fossero situati i loro beni, sarà loro permesso di farsi, durante il matrimonio, tutte quelle donazioni che crederanno opportune; è evidente che una tal convenzione sarebbe nulla.

Il principio che non è valida la clausola di un contratto di matrimonio, colla quale le parti convenissero che esse potranno farsi le donazioni che gli Statuti proibiscono fra conjugi, soffre un' eccezione nello Statuto di Borgogna. Questo Statuto, *cap.* 4, *art.* 7, dopo aver detto: *Il marito e la moglie non potranno fare convenzioni, donazioni, concessioni, nè altri contratti durante il loro matrimonio*, aggiunge in fine, *se non hanno altrimenti convenuto fra loro nel contratto di matrimonio*. Questa disposizione è del tutto particolare e non può essere estesa agli altri Statuti, che non hanno una simile disposizione.

24. Non solamente sono nulle le convenzioni, che derogano apertemente ed espressamente alle leggi che proibiscono le donazioni fra marito e mo-

glie, ma sono egualmente nulle anche tutte quelle che tendono indirettamente a lasciare ai conjugi la facoltà di farsi l'un l'altro, durante il matrimonio, qualche vantaggio indiretto proibito dalle stesse leggi. Tal è, per esempio, la clausola che i futuri sposi non avranno alcun equivalente del prezzo de' loro beni proprj che venissero alienati durante il matrimonio. È evidente che con questa clausola i conjugi avrebbero una via aperta di vantaggiarsi scambievolmente, vendendo, durante il matrimonio, i loro beni proprj, o procurandosi durante il matrimonio il riscatto delle loro rendite, poichè il prezzo della vendita e della redenzione cadendo nella comunione, l'altro conjuge, profitterebbe di questo prezzo per quella parte che ha nella comunione stessa; una tal clausola dunque non deve esser valida.

25. Tal è parimenti la clausola, colla quale i futuri sposi, maritandosi senza comunione convenissero che sarà però loro permesso, durante il matrimonio, di stabilire una comunione se ciò loro piaccia. È evidente che stabilendo una comunione durante il matrimonio, quel conjuge, che ha delle grandi rendite da portarvi, reca un grandissimo vantaggio all'altro che ne ha poche. Questa clausola che permette ai conjugi di stabilire fra essi una comunione durante il matrimonio, tende dunque a permetter loro di recarsi vantaggio reciprocamente durante il matrimonio, contro la proibizione della legge; essa dunque non deve esser valida. Così decide Molineo, dicendo sull' art. 110 dell' antico Statuto di Parigi, che nel contratto di matrimonio *non potest vir sibi reservare facultatem* di chiamare sua moglie alla comunione.

26. Per la stessa ragione, la clausola di un contratto di matrimonio, colla quale venisse stabilito che la donna avrà la metà dei mobili e coacquisti della comunione, e non sarà tenuta ai debiti della stessa comunione o vi sarà tenuta soltanto per un terzo, non è valida, poichè aprirebbe al marito una via di recar vantaggio a sua moglie, durante il matrimonio, facendo molti acquisti e rimanendo debitore del prezzo; lo che sarebbe un vantaggio per sua moglie, la quale avrebbe la metà di questi acquisti e non pagherebbe nulla del prezzo, o ne pagherebbe soltanto il terzo. Vedasi ciò che abbiam detto nel nostro *Trattato della Comunione*, n. 449, su questa clausola e sulla clausola inversa.

27. Si offendono le leggi col permettersi quello ch' esse proibiscono, ma non si offendono col proibirci ciò ch' esse permettono; quindi si domanda se le parti possono nel loro contratto di matrimonio derogare alle leggi, che permettono ai conjugi di donarsi l'un l'altro; e se è valida la clausola del contratto di matrimonio, colla quale si stabilisce, che i futuri sposi, in qualunque luogo fossero situati i loro beni, non potessero farsi l' un l' altro donazione alcuna nè tra vivi, nè per testamento.

Ferrière all' articolo 280 dello Statuto di Parigi, *glossa* 1, *n.* 33, riferisce una decisione del mese di giugno 1640, la quale ha giudicato valida questa convenzione, e che un marito ed una moglie, che l' avevano inserita nel loro contratto matrimoniale non aveano potuto farsi, durante il matrimonio, la donazione reciproca permessa dallo statuto di Parigi. Questa decisione non potea soffrire difficoltà alcuna, allorchè si riguardavano le convenzioni de' contratti di matrimonio come convenzioni che si riputavano intervenire non solo tra i futuri conjugi, ma eziando tra le loro rispettive famiglie, le quali avevano interesse di far questa convenzione, onde impedire che i beni di una famiglia passassero nell' altra; ma dopo che la decisione in forma di regolamento, che abbiamo riferita nel nostro *Trattato della Comunione*, n. 349, ha stabilito il principio, che le convenzioni matrimoniali doveano riguardarsi come convenzioni fatte tra le sole parti contraenti, la questione può soffrire maggior difficoltà. Imperciocchè si può opporre contro questa convenzione, che non sembra che i futuri sposi abbiano potuto aver interesse d' interdirsi la libertà naturale, lasciata loro dalla legge, di disporre a piacere dei loro beni e di recarsi vantaggio reciprocamente ogni qual volta ciò loro piaccia; e che anzi sembra ch' essi avessero piuttosto interesse di conser-

varsi una tale libertà. Ora è massima stabilita che *nemo utiliter stipulari potest quod sua non interest.*

Si può rispondere però che l' interesse di affezione, che ha ciascuno de' futuri conjugi di conservare i proprj beni alla sua famiglia, può servire di bastante fondamento alle convenzioni matrimoniali. La convenzione infatti colla quale uno de' conjugi stipola, che i suoi mobili dovranno essere considerati come beni proprj a quelli della sua linea, ad effetto d' impedire all' altro conjuge superstite di succedere ai figli comuni, e di conservarli nella famiglia di colui che ha fatto tale stipulazione, non ha altro fondamento, e pure è una convenzione usitatissima, e la di cui validità non fu mai posta in dubbio. Ora questa stessa ragione riscontrasi anche nella convenzione, colla quale i conjugi s' interdicono la libertà naturale, lasciata loro dalla legge di avvantaggiarsi reciprocamente ; il motivo è di evitare con ciò di trovarsi nella spiacevole alternativa o di privare la loro famiglia de' loro beni, contro la propria inclinazione, colla donazione che si facessero l' un l' altro ; o d'alterare la conjugale concordia col rifiutarsi a quella donazione, che l' uno di essi sollecitasse l' altro a fargli.

28. Non avvi dubbio che la clausola, inserita nella donazione fatta ad uno de' conjugi nel contratto di matrimonio, colla quale venisse stabilito che questi non potrà donare all' altro conjuge parte alcuna de' beni compresi nella donazione, in pregiudizio della sua famiglia, è valida , essendo permesso al donante d' apporre quelle condizioni che gli piacciono alla donazione che fa.

ARTICOLO IV.

Divisione del trattato.

Noi divideremo questo trattato in tre parti: tratteremo nella prima dei vantaggi diretti ed indiretti che sono proibiti dallo Statuto di Parigi , ed altri simili, fra i conjugi: nella seconda tratteremo della donazione reciproca, permessa dall' art. 280 dello Statuto di Parigi, fra conjugi che non hanno figli; tratteremo nella terza di un'altra specie di donazione reciproca, che l' art. 281 dello Statuto di Parigi permette ai conjugi, che hanno figli, di farsi l'un l'altro, maritando i loro figli.

PARTE PRIMA

DEI VANTAGGI DIRETTI ED INDIRETTI PROIBITI FRA I CONJUGI DALLO STATUTO DI PARIGI ED ALTRI SIMILI.

Lo Statuto di Parigi proibisce ai conjugi di farsi l' un l' altro, durante il loro matrimonio , alcun vantaggio nè diretto nè indiretto. Esso dice, artic. 282: « Uomo o donna uniti in matrimonio, non possono, durante il matrimonio stesso, avvantaggiarsi reciprocamente con donazione tra vivi, con testamento o altro atto di ultima volontà , o altrimenti, nè direttamente , nè indirettamente, eccetto che per donazioni reciproche come sopra ».

Dopo aver premesse alcune cose intorno alle persone comprese nella disposizione di quest'articolo, noi tratteremo nel primo capitolo de'vantaggi diretti, che sono proibiti tra marito e moglie; e nel secondo, degli indiretti.

ARTICOLO PRELIMINARE.

Quali persone sieno comprese nella disposizione dell' articolo 282.

29. Lo Statuto dice: *Uomo e donna uniti in matrimonio*; esso comprende dunque tutte le persone unite in matrimonio, sieno esse in comunione di beni, o sieno separate di beni, ed anche di abitazione.

30. La disposizione dello Statuto avrebbe luogo tra un uomo ed una donna, il cui matrimonio fosse nullo perchè contratto contro le leggi? Ulpiano ne agita la questione del diritto romano, che parimenti proibiva le donazioni fra marito e moglie: *Si senatoris filia libertino contra senatus-consultum nupserit, vel provincialis mulier ei, qui ibi meret, contra mandata valebit donatio quia nuptiae non sunt: sed fas non est eas donationes ratas esse, ne melior sit conditio eorum, qui deliquerunt*; *l.* 3, § 1, ff. *de donat. int. vir. et uxor.*

L'imperatore Alessandro decide parimenti, che la donazione fatta da una donna ad un uomo, con cui essa avea contratto un matrimonio nullo, ancorchè possa sembrar valida attenendosi alla lettera delle leggi, deve però essere chiamata nulla: *Si matrimonium jure non valuit, licet ipso jure donatio tenuerit, quia tamen indigna persona ejus fuit, qui nec maritus potest dici, utiles actiones super revocandis his tibi competunt*; *l.* 7, *Cod. d. tit.* Noi dobbiamo egualmente decidere, che le donazioni fatte fra persone maritate, sia valido o nullo il loro matrimonio, sono comprese nella disposizione di quest' articolo, che proibisce ogni vantaggio tra marito e moglie. Le ragioni addotte *supra*, *n.* 1, militano egualmente, e quando il matrimonio è valido e quando è nullo.

Ciò deve intendersi sino a tanto che queste persone si reputino come marito e moglie; ma se esse si fossero separate dopo che il loro matrimonio fosse stato dichiarato nullo da una sentenza, dovrebbero riguardarsi come estranee, ed io non iscorgo cosa alcuna che debba impedir loro di potersi fare delle donazioni, come lo possono due persone estranee.

31. Un uomo ed una donna che, senza aver contratto matrimonio, vivono in concubinato, sono egualmente incapaci di farsi l' un l' altro donazione alcuna, non in vigore di questo articolo, poichè non si può dire che siano *uniti in matrimonio*, ma per una ragione loro particolare; cioè che sarebbe contro a' buoni costumi ed alla pubblica onestà, che queste persone potessero con donazioni ricevere la ricompensa del loro iniquo commercio. Varj Statuti hanno su di ciò delle espresse disposizioni. Quindi anche negli Statuti che permettono le donazioni fra marito e moglie, come quello di Tours, *art.* 243, quelle fatte tra persone che vivono in concubinato sono vietate. Tours, *art.* 246.

Io credo che ciò debba aver luogo anche dopo che queste persone si sieno separate, ed abbiano cessato di vivere in concubinato; poichè le donazioni, che si facessero, potrebbero sempre sembrar fatte in considerazione del commercio che hanno insieme avuto, ed esserne la ricompensa. Si permettono però le donazioni fatte alle concubine, allorchè sono modiche, ed a titolo di alimenti.

32. Allorchè un uomo ed una donna dopo di aver vissuto in concubinato, contraggono insieme un matrimonio legittimo, la dignità del matrimonio cancellando in questo caso l' onta del vergognoso commercio ch' ebbe luogo per lo addietro, li rende capaci di farsi l' un l' altro delle donazioni nel loro contratto di matrimonio; ma se la donazione che l' uomo facesse a sua moglie nel contratto di matrimonio, fosse eccessiva, per esempio se comprendesse tutti o una gran parte dei suoi beni in proprietà, una tal donazione si reputerebbe dettata dalla passione, ed esser l' effetto dell' impero che questa sorta

di donne hanno acquistato sugli uomini ch' esse seducono; e dovrebbe in conseguenza essere dichiarata nulla, o almeno riducibile.

Se il marito lasciasse per eredi i figli che sono stati legittimati dal matrimonio, ch' egli ha contratto colla sua concubina, sarebbero essi ammissibili ad impugnare la donazione stabilita nel contratto di matrimonio? Sebbene questo contratto di matrimonio sembri a prima vista il titolo, che ha dato loro lo stato civile, io credo però ch' essi debbano esservi ammessi. Il titolo infatti che ha dato loro lo stato civile è il matrimonio, ed essi non impugnano il matrimonio impugnando la donazione, la quale, sebbene stabilita nel contratto di matrimonio, è però una cosa diversa e distinta dal matrimonio.

CAPITOLO PRIMO.

De' vantaggi diretti proibiti fra marito e moglie.

Noi vedremo nel primo articolo quali sieno questi vantaggi. Nel secondo tratteremo di ciò che risulta dalla nullità di questi vantaggi.

ARTICOLO PRIMO.

Quali sieno i vantaggi diretti proibiti fra marito e moglie.

33. Lo Statuto proibisce con questo articolo ai conjugi di avvantaggiarsi con donazioni tra vivi. Ciò comprende non solo le donazioni semplici che uno dei conjugi facesse all' altro, ma anche le donazioni reciproche che i conjugi si facessero vicendevolmente l' un l' altro, eccettuate soltanto quelle permesse dagli articoli 280 e 281.

34. La proibizione comprende non solo le donazioni di stabili, ma eziandio le donazioni di mobili che un conjuge separato di beni facesse all' altro, allorchè questi mobili sieno considerabili; ma nè un conjuge, nè i suoi eredi non sarebbero ammessi a ridomandare i piccoli doni fatti all' altro conjuge, lo che deve calcolarsi avuto riguardo alle facoltà delle parti. *Si vir uxori munus* IMMODICUM *Kalendis Martiis aut natali die dedisset, donatio est* (*prohibita*); *l.* 31, § 8, *ff. de donat. inter vir. et uxor.* Pomponio quindi riguardando i regali, quando sono troppo considerabili, come donazioni proibite fra marito e moglie, c' induce a concludere che la cosa è altrimenti riguardo ai piccoli presenti. Quindi se per esempio fra conjugi separati di beni, il marito ha fatto dono a sua moglie di una veste o di un fornimento da testa, o anche s' egli le ha dato il denaro necessario onde fare una tal compra, questi regali non debbono riguardarsi come donazioni proibite fra marito e moglie: per cui Pomponio, dopo ciò che abbiam riportato dalla legge 31, § 8, aggiunge: *Sed si impensas quas faceret mulier quo honestius se tueretur, contra est.*

Parimenti i piccoli presenti, che una donna fa a suo marito, non sono riguardati come donazioni proibite: quindi se ella regalasse un abito da lei ricamato o qualche dozzina di camicie di tela da lei filate, non sarebbero queste donazioni vietate.

35. Le somme di denaro che il marito dà a sua moglie, che non è in comunione di beni, ogni anno o ogni mese per le sue spese minute, ed anche quelle ch' egli le dà straordinariamente, o per qualche spesa straordinaria, come sarebbe per un viaggio, e simili, sono riguardate come un pagamento de' pesi matrimoniali, piuttosto che una donazione ch' egli abbia fatto a sua moglie; quindi se ella ha fatti de' risparmj sulle somme ricevute, e gli ha tuttora all' epoca dello scioglimento del matrimonio, non sarà obbligata a restituirli, purchè le somme da lei ricevute non fossero eccessive; lo che deve determinarsi avuto riguardo alla qualità delle persone, ed al valor della dote, che il marito ha ricevuta: *Ex annuo vel menstruo quod uxori maritus praestat, tunc quod superest revocabitur si satis immodicum est, id est, supra vires dotis*; *l.* 15, *ff. de donat. int. vir. et uxor.*

È vero che la moglie non è obbligata a restituire le somme che il marito le ha date per le suddette cause; ma non ha azione onde esigere da lui quelle che le avesse promesse durante il matrimonio, per le cause stesse; *l.* 11, Cod. *d. tit.*

36. Non solo non è permesso ad uno de' conjugi di donare all'altro le cose che gli appartengono, ma non gli è permesso neppure di donargliene il godimento: *Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est*; *l.* 46, ff. *de don. int. vir. et uxor.*

37. Ciò però non deve interpretarsi in un modo troppo rigoroso; e non si deve riguardare come donazione proibita fra marito e moglie il prestito che uno facesse all'altro di qualche suo mobile. Se, per esempio, nelle nostre colonie uno de' conjugi separato di beni avesse prestato alcuni negri della sua abitazione all' altro conjuge, acciocchè lavorassero nell'abitazione di questo, un tal prestito non dovrebbe esser riguardato come una donazione proibita fra marito e moglie. Tale è precisamente il caso della legge 28, § 2, ff. *d. tit*, in cui Paolo dice: *Si quas servi operas vir uxori praestiterit, vel contra, magis placuit nullam habendam earum rationem: et sane non amare nec tamquam inter infestos jus prohibitae donationis tractandum est, sed ut inter conjunctos maximo affectu et solam inopiam timentes.*

Lo stesso deve dirsi d' un prestito che un agricoltore separato di beni facesse a sua moglie de' suoi bovi o cavalli, onde lavorasse qualche piccola porzione di terra di lei; e generalmente di tutti gli altri prestiti, che un conjuge facesse all' altro di qualunque siasi specie di mobili.

Ciò ha luogo quand' anche le cose prestate si fossero in parte consumate e fossero decadute di prezzo coll' uso fattone dal conjuge a cui sono state prestate. Così insegna Papiniano nel caso seguente: *Res in dotem aestimatos* (1) *consentiente viro, mulier in usu habuit: usu deteriores si fiant, damni* (2) *compensatio non admittitur*; *l.* 53, § 1, ff. *d. tit.*

38. Quando uno dei due conjugi separato di beni paga all' altro, prima della scadenza, una somma che gli deve, non si deve riguardare quest' anticipazione di pagamento come un vantaggio o una donazione proibita fra marito e moglie: *Quod vir uxori in diem debet sine metu donationis praesens solvere potest; quamvis commodum temporis retenta pecunia sentire potuerit*; *l.* 31, § 6, ff. *d. tit.*

Ma se il marito abbia restituito a sua moglie, prima dello scioglimento del matrimonio, gli stabili che gli avea portati in dote, questa restituzione anticipata è una donazione proibita: *Si costante matrimonio a marito uxori dos sine causa legitima refusa est, quod Legibus stare non potest, quia donationis instar perspicitur obtinere; eadem uxore quo causa maritus dotem lucratur defuncta, ab ejus haeredibus cum* FRUCTIBUS *ex die refusae dotis, marito restituatur*; *l. un.*, *cod. si dos. const. matrim.*

39. La remissione gratuita che un creditore fa al suo debitore di ciò che gli deve, essendo una vera donazione, non avvi dubbio che quella che uno de' conjugi, creditore dell' altro, facesse a questo, non sarebbe valida, essendo una donazione proibita dallo Statuto; lo stesso si dica della remissione che gli facesse di qualche diritto di servitù e di altro, ch' egli ha nel di lui stabile.

40. Nulla di meno se uno de' conjugi separato di beni avesse, durante il matrimonio, acquistato uno stabile dipendente come feudo o come censo feudale dall' altro conjuge, io credo che la remissione che il conjuge acquirente avesse ottenuta dall' altro conjuge, di una parte del profitto dovuto per l' acquisto, sarebbe valida, e non dovrebbe riputarsi compresa nella proibizione, che lo Statuto fa delle donazioni fra marito e moglie.

Ciò non soffre difficoltà specialmente qualora la remissione sia stata fatta prima della vendita volontaria dello

(1) Di cui il marito avea per conseguenza la proprietà irrevocabile.
(2) Cioè gli eredi del marito potranno ritenere sulla somma che devono restituire alla donna, pel prezzo delle cose da esse apportate in dote, quel tanto di cui si sono diminuite di prezzo le cose stesse coll' uso da lei avutone, avendo potuto lecitamente il marito donarle quest' uso.

stabile; le remissioni che in questo caso si fanno essendo piuttosto transazioni che donazioni, e facendosi sovente piuttosto per timore d'impedire per troppo rigore la vendita, che per liberalità.

Quando la remissione è stata fatta dopo il contratto di vendita, o quando la vendita era forzata, non si può negare che in questo caso sia una vera donazione; essa è *liberalitas nullo jure cogente facta*; ma questa specie di donazione, essendo una donazione usuale e di cortesia, che un signore generoso farebbe anche ad un acquirente estraneo, non deve esser compresa nella proibizione dello Statuto; lo spirito dello Statuto, facendo una tale proibizione, non ha potuto essere che il marito debba trattare in questo caso sua moglie con più rigore di quello con cui tratterebbe un estraneo.

Quando un marito, che non ha altro che beni mobili, sia fallito, ed abbia stipulato un accordo co' suoi creditori, in virtù del quale questi gli hanno fatta la remissione di una parte de' loro crediti, la remissione, che in questo caso la moglie gli ha fatta di una parte de' suoi, non deve essere riguardata come una donazione fatta al marito contro la proibizione dello Statuto, essendo stata la moglie obbligata a seguire la condizione degli altri creditori; questa remissione essendo forzata, non è una vera donazione, non è *liberalitas nullo jure cogente facta*.

41. La remissione che una donna fa a suo marito di un diritto d'ipoteca ch' ella ha sul di lui stabile, acconsentendo alla vendita da lui fattane, è valida, e non è riguardata come una donazione proibita fra marito e moglie: *Si pignus vir uxori vel uxor marito remiserit, verior sententia est nullam fieri donationem existimantium*; l. 18, ff. *quae in fraud.* La ragione è, che la remissione fatta di questo diritto d'ipoteca, non apportando diminuzione alcuna al suo debito, non lo rende più ricco di quello ch' era prima; ora è principio stabilito nel diritto romano, che sono proibite fra marito e moglie quelle donazioni soltanto con le quali uno di essi si arricchisce a spese dell' altro: *Ubicumque non deminuit de facultatibus suis qui donavit; vel etiam si deminuat, locupletior tamen non fit qui accepit, donatio valet*; l. 5, § 16, ff. *de donationibus int. vir. et ux.*

42. Secondo questo principio, le leggi romane decidevano che la donazione di una somma di denaro fatta da una moglie a suo marito, per supplire ad una spesa cui l'obbligava una dignità a lui conferita, era valida, non essendo il marito divenuto più ricco con questa donazione; come c' insegna Gajo: *Nuper ex indulgentia principis Antonini recepta est alia causa donationis quam dicimus* HONORIS CAUSA, *si uxor viro laticlavii* (1) *petendi gratia donet, vel ut equestris ordines fiat, vel ludorum gratia*; l. 42, ff. *d. tit.* Si potrebbe trarre argomento da questa legge per sostenere che una donna può lecitamente donare a suo marito, durante il matrimonio, una somma di denaro, acciocchè consequisca un impiego onorevole? Io non lo credo; queste spese sono in oggi troppo considerabili, perchè si possa dispensarsi dal riguardarle come una donazione della moglie al marito, allorchè essa gli somministra la somma necessaria per farle. Invano si opporrebbe che il marito non si è arricchito, poichè queste spese sono di pura perdita per l' impiegato, non apportando alcun aumento al prezzo del suo impiego; la risposta si è, che il marito sarebbe stato obbligato di pagare queste spese co' proprj beni, se la moglie non gli avesse somministrata la somma necessaria per farle, e quindi i di lui beni sarebbero diminuiti di una egual somma. Sua moglie l' ha dunque arricchito con questa somministrazione, risparmiandogli una tale spesa: *Locupletior est quatenus propriae pecuniae pepercit.*

43. Le leggi romane permettevano parimenti le donazioni, che un conjuge facesse all' altro, per la ripara-

(1) *Latus-clavus erat purpura quae supra vestem in pectus demittebatur, senatoriae dignitatis insignae; hunc nonnulli equites, data pecunia, a principe obtinebant.* Cujacio, observ. XII, 39.

zione di qualche danno, ch'egli avesse sofferto ne'suoi beni per un accidente impreveduto, per esempio se l'uno di essi avesse dato all'altro con che rifabbricare la sua casa incendiata: *Quod si viri uxori, cujus aedes incendio consumptae sunt, ad refectionem earum aedium pecuniam donaverit, valet donatio in tantum, quantum aedificii extructio postulat*; *l* 14, ff. *d. tit*

Il nostro diritto su questo punto è più rigoroso del diritto romano, e non permette tale donazione; il denaro, che in questo caso la moglie dà al marito perchè rifabbrichi la sua casa, è un vero vantaggio ch'essa gli fa a sue spese, compreso sotto alle generali parole dello Statuto, che proibiscono ogni vantaggio diretto ed indiretto. Antomne, nella sua conferenza su questa legge, opina che non debba essere seguita neppure ne' paesi di diritto scritto; egli dice: *Hanc. L. quod si vir uxori, abrogandam censeo.*

44. Ci resta da osservare che la donazione, che un conjuge fa all'altro, durante il matrimonio, non può essere resa valida neppure dal consenso che prestassero all'atto di donazione gli eredi presuntivi del donante intervenendo all'atto. La ragione si è, che oltre di essere proibite queste donazioni non solo a contemplazione degli eredi, il consenso da essi prestato non è libero, ma estorto dal timore che il donante gli privi con altri mezzi della sua eredità, qualora ricusino di prestarlo. Così venne giudicato da una decisione del 1543, *n.* 7, riferita da Molineo, sull'art. 156 dell'antico Statuto: *Et bene*, dic'egli, *quia videtur consensus extortus*; *quia alias donaret aliis extraneis*; *tum quia ut non sit amor conjugum venalis.*

Nulla di meno lo Statuto di Borgogna, *cap.* 4, *art.* 7, dopo aver detto che il marito e la moglie non possono far contratti o donazioni a vantaggio l'uno dell'altro, aggiunge, se non v'interviene il consenso de' più prossimi parenti viventi, che dovrebbero succedere al marito o alla moglie, che facessero questi contratti. Ma la disposizione di questo Statuto essendo oltre al diritto comune, deve essere ristretta nel suo territorio.

45. Passiamo alle donazioni testamentarie: lo Statuto, nell' art. 282, le proibisce espressamente fra marito e moglie al pari di quelle tra vivi. Ciò ha luogo quand' anche il testamento fosse anteriore al matrimonio; quindi se prima del matrimonio io avessi fatto un testamento col quale avessi legato qualche cosa a Maria, che allora non era persona per me interdetta, e dopo avessi contratto matrimonio con lei, il legato diverrebbe nullo; perchè un legato non può esser valido, se non in quanto trovasi essere, alla morte del testatore, l'ultima volontà del testatore stesso; ma Maria essendo divenuta, col matrimonio ch'io ho contratto con lei, una persona a cui la legge non mi permette di lasciar cosa alcuna per testamento, non mi è più permesso di perseverare nella volontà ch'io ho avuto di lasciarle un legato allorchè feci il mio testamento; questo legato non può dunque esser più valido. Tale è il parere di Molineo sull'articolo 156 dall' antico Statuto, *n.* 6.

46. Quand'anche il conjuge, che ha col suo testamento incaricato i suoi eredi di pagare all'altro conjuge una certa somma, avesse dichiarato, nel testamento, ch'egli ne è debitore, e che ne ordina la restituzione per tranquillizzare la sua coscienza; questa dichiarazione non sarebbe bastante per dare all'altro conjuge, a di cui vantaggio è fatta, un'azione per domandarla, a meno che non avesse d'altronde delle prove di questo debito, essendo principio stabilito che *qui non potest donare*, *non potest confiteri*. Altrimenti il testatore avrebbe una via aperta per eluder le leggi che proibiscono ad un conjuge di fare de' legati a favore dell' altro.

47. La proibizione fatta dallo Statuto ai conjugi di avvantaggiarsi per testamento, comprende essa la disposizione colla quale uno de'conjugi incaricasse gli eredi di vendere all'altro conjuge superstite un bene proprio pel prezzo che verrà stimato, o colla quale gl'incaricasse di lasciar prendere al superstite, nella divisione della comunione, certi effetti della comunione stessa pel prezzo che verranno stimati, salvo ad essi di compensarsi con effetti d'egual valore o bontà? La ragione di dubitare nasce da ciò, che queste disposizioni testamentarie non

sembrano rinchiudere propriamente vantaggio alcuno, perchè la persona, verso cui la disposizione è fatta, paga il giusto prezzo della cosa che ne forma l'oggetto; nulla di meno Molineo, sull'articolo 256 dell'antico Statuto di Parigi, n. 5, decide che queste disposizioni testamentarie non sono valide: *Si vir legat uxori, quod possit domum talem communem conquaestum, etiam nedum propriam viri, habere pro pretio, vel in partem suam dividendo conquaestus, alia quaedum relinquendo, non valet.* La ragione si è, che questa scelta e questa preferenza accordata alla moglie riguardo a' detti effetti, in confronto degli eredi del marito, è una specie di vantaggio fatto alla moglie, il quale se non ha un valor pecuniario, dovendo essa pagare il prezzo della cosa lasciatale, ha però un valore ed un prezzo di affezione; lo che parve sufficiente per comprenderla nella proibizione generale, che lo Statuto fa ai conjugi, di avvantaggiarsi direttamente o indirettamente per testamento.

48. Allorchè uno de' conjugi nomina l'altro esecutore del suo testamento, e gli lega qualche mobile o qualche somma di denaro, il conjuge, che si è incaricato dell'esecuzione testamentaria, ha diritto di prendere questo legato, purchè non sia eccessivo; lo che deve determinarsi avuto riguardo alle facoltà ed alla qualità delle persone. La ragione si è, che un tal legato è piuttosto una ricompensa degli incomodi dell'esecuzione testamentaria, che un vero legato.

49. Quando due conjugi sieno separati di beni, e l'uno di essi sia ricco e l'altro non abbia cosa alcuna per sussistere, io credo che il ricco possa legare a questo validamente qualche pensione vitalizia o qualche usufrutto pe' suoi alimenti, avuto riguardo alle facoltà ed alla qualità delle parti; anzi io credo, che s'egli avesse trascurato di farlo, l'altro sarebbe ammesso a domandare gli alimenti.

ARTICOLO II.

Di ciò che risulta dalla nullità dei vantaggi fattisi da' conjugi contro il divieto dello Statuto.

Noi distingueremo sei casi. Il primo è quando la donazione è di uno stabile, e venne eseguita colla tradizione. Il secondo, quando è di una somma di denaro o di qualche altra cosa mobiliare, e venne parimenti eseguita colla tradizione. Il terzo, quando la donazione è di una cosa incorporale, eseguita parimenti colla quasi-tradizione. Il quarto, quando la donazione consiste in una remissione, che uno de' conjugi ha fatta all'altro di qualche credito che avea verso di lui, o di qualche diritto che aveva su uno de' suoi stabili. Il quinto, quando la donazione consiste soltanto in una promessa che non ha avuto esecuzione. Il sesto, quando trattasi di una donazione testamentaria.

§ 1. *Del caso in cui fu fatta donazione di uno stabile, e ne seguì la tradizione.*

50. In questo caso avvi luogo a due azioni, 1.° all' azione di rivendicazione. La ragione si è, che dietro le parole dell' articolo dello Statuto, *marito e moglie non possono vantaggiarsi l' un l' altro con donazione tra vivi ec.*, i conjugi, essendo incapaci di donarsi cosa alcuna, la donazione, che uno di essi ha fatta all'altro, è un titolo nullo; ora è massima stabilita, che la tradizione fatta in esecuzione di un titolo nullo, non trasferisce la proprietà: *Non nuda traditio transfert dominium; sed ita si venditio aut aliqua justa causa praecesserit propter quam traditio sequeretur*; *l.* 31, ff. *de acquir. rer. don.* Quindi ne dedussero le leggi stesse la conseguenza, che la tradizione di una cosa, fatta in esecuzione di una donazione fra marito e moglie, non ne trasferisce la proprietà al donatario: *Sciendum est*, dice Ulpiano, *ita interdictam inter virum et uxorem donationem ut ipso jure nihil valeat quod actum est proinde si corpus sit, quod donatur nec traditio quicquam valet*; *l.* 3, § 10, ff. *de don. int. vir. et uxor.* La proprietà della cosa donata non è dunque trasferita al donatario colla tradizione che il donante gliene ha fatta; il donante, non ostante la donazione e la fatta tradizione, ne conserva la proprietà e la trasmette ai suoi eredi; avvi luogo per conseguen-

za all' azione di rivendicazione contro al conjuge donatario, a'suoi eredi, ed agli altri, che se ne trovano in possesso: *Si donatae res exstant, etiam vindicari poterunt*; *l.* 30, *ff. de don. int. vir. et uxor.*

51. Avvi luogo, 2.° anche ad una azione personale; poichè il conjuge donatario ricevendo indebitamente lo stabile, che gli è stato donato contro il divieto della legge, contrae l' obbligazione di restituirlo al donante ed a'suoi eredi, con tutti i frutti che ne debbono pervenire, e di conservarlo in buono stato come l' ha ricevuto. Questa obbligazione nasce dalla legge naturale, la quale obbligà tutti quelli, che ritengono indebitamente una cosa che loro non appartiene, a restituirla a colui al quale appartiene, con tutto ciò che n'è pervenuto durante il loro possesso, e ad usare una diligenza conveniente per la conservazione della cosa, sinchè abbiano soddisfatta la obbligazione di restituirla. Da questa obbligazione, che il conjuge donatario ha contratta, nasce un' azione personale contro di lui e de'suoi eredi, che noi chiameremo *actio in factum* per mancanza di altro nome.

52. Sebbene lo scopo di conservare i beni nelle famiglie, coll' impedire ai conjugi di privare i loro eredi de'loro beni, mediante le donazioni che uno fa a vantaggio dell' altro (lo che sarebbe avvenuto assai sovente), sia stato uno de' motivi che hanno indotto lo Statuto a proibire le donazioni fra marito e moglie; nulladimeno questo motivo non è stato il solo, ma ve ne furono altri da noi riportati *supra*, *n.* 1, i quali riguardano le persone stesse de'conjugi. Quindi non solo gli eredi del conjuge donante, dopo la di lui morte, possono impugnare le donazioni fatte dal defunto all' altro conjuge in loro pregiudizio, ed esercitare le azioni suddette; ma può esercitarle anche il donante, allorchè si pente della donazione che ha fatto; ed è ammesso egli stesso ad intentare l' azione di rivendicazione delle cose donate, sia contro il conjuge donatario, sia contro tutti gli altri che se ne trovano in possesso: *Quae jam nuptae maritus donavit, viri manent, et potest ea vindicare*; *l.* 48, *ff. d. tit.*

A quest' oggetto egli non ha bisogno di ottener lettere di rescissione contro la donazione da esso fatta, poichè è la legge stessa quella che annulla tali donazioni.

53. Per la stessa ragione, il legatario universale del conjuge donante sebbene estraneo alla di lui famiglia, può, dopo essersi fatto immettere in possesso del suo legato, intentare la domanda di rivendicazione delle cose donate, senza che si possa opporgli, per escluderlo da questa domanda, che egli è estraneo alla famiglia del donante; poichè, come abbiamo di già osservato, non è soltanto in favore della famiglia de' conjugi che lo Statuto ha proibite le donazioni fra marito e moglie; basta a questo legatario che trovisi ne' beni del donante la proprietà delle cose donate, ed il diritto di rinvendicarle per poter intentare la domanda di rivendicazione, dopo essersi fatto mettere in possesso del legato dei detti beni.

54. Quest' azione di rivendicazione deve essere intentata contro quelli, che si trovano in possesso delle cose donate, sieno essi il donatario o i suoi eredi, sieno persone terze.

55. Quand' è il donatario o i suoi eredi, che si trovano in possesso degli stabili o altre cose comprese nel contratto di donazione, non possono difendersi dalla domanda di rivendicazione intentata contro di loro, per quanto lungo sia il tempo per lo quale le hanno possedute, quand'anche fosse di cinquanta o sessanta o più anni dopo la morte del donante. La ragione si è, che un possessore può acquistare colla prescrizione uno stabile dopo averlo posseduto per trent' anni, sebbene non produca alcun titolo del suo possesso; ma quando il titolo del suo possesso vien prodotto e trovasi vizioso, il possesso avuto in virtù di questo titolo essendo nella origine un possesso vizioso, continua sempre ad esser tale, e quindi non può, per qualsivoglia trascorrimento di tempo, fare acquistare diritto alcuno al possessore: *A veteribus praeceptum est*, dice Paolo, *neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse*; *l.* 3, § 19, *ff. de acquir. vel amit. poss.*; e quindi questo è il caso in cui si verifica la mas-

sima: *melius est non habere titulum quam habere vitiosum*. Invano gli eredi del conjuge donatario allegherebbero la loro buona fede, asserendo di non aver avuto cognizione del titolo in virtù del quale il conjuge donatario possedeva gli stabili, che essi hanno trovato nella sua eredità; si risponderebbe loro che gli eredi rappresentando la persona del defunto, e succedendo in tutti i suoi diritti attivi e passivi, il possesso, che essi hanno degli stabili compresi nella donazione, è lo stesso possesso di quello che ha avuto il conjuge donatario cui sono succeduti; e tale possesso essendo stato vizioso nella sua origine, continua ad esserlo nelle loro persone, come lo era nella persona del defunto, da essi rappresentato. Così c'insegna Papiniano allorchè dice: *Quum haeres in jus omne defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit*; *l.* 11, ff. *de div. temp. praescr.* Parimenti insegna la *legge* 11, *Cod. de acq. et retin. poss.* in cui si dice: *Vitia possessionum a majoribus contracta perdurant, et successorem auctoris sui culpa comitatur.* Gli eredi del conjuge donatario, e gli eredi dei detti eredi mediati o immediati, non possono dunque acquistare per prescrizione le cose donate come non le avrebbe potuto acquistare l'istesso conjuge, per quanto lungo sia stato il tempo durante il quale le hanno possedute.

56. Quando lo stabile donato trovasi in possesso di un terzo, che l'ha acquistato dal donatario o da' suoi eredi, sia a titolo di compra sia ad altro titolo, o che se ne trova in possesso in qualunque siasi maniera, il donante ed i suoi eredi possono intentare la domanda di rivendicazione anche contro a questi terzi, ma colla differenza che quando il possessore è il donatario o i suoi eredi, questi non possono opporre la prescrizione contro la domanda di rivendicazione, mentre invece i terzi possessori possono opporla, allorchè hanno posseduto durante il tempo richiesto per la prescrizione dalla legge del luogo in cui lo stabile è situato.

Questo tempo ne' paesi di diritto scritto, nello Statuto di Parigi, e nella maggior parte degli altri Statuti, è di dieci anni fra persone domiciliate in una stessa provincia, e di venti fra persone domiciliate in provincie diverse, quando il possessore produce un titolo del suo acquisto ed è possessore di buona fede, la quale si presume sintantochè non è provato il contrario; quando il possessore non produce alcun titolo di acquisto, il tempo della prescrizione è di trent'anni.

Alcuni Statuti, nel numero de' quali è quello di Orleans, richiedono indistintamente per la prescrizione trenta anni di possesso, sia che il possessore produca un titolo di acquisto, sia che non ne produca alcuno.

Per la prescrizione si conta il tempo soltanto dal giorno in cui questi terzi acquirenti hanno cominciato a possedere, e non si computa il tempo del possesso del donatario e de' suoi eredi, da' quali questi terzi acquirenti hanno acquistato, poichè è un possesso vizioso, ed è massima stabilita che *vitiosa possessio non potest accedere ei, quae vitiosa non est*; *l.* 13, § *fin.*, *ff. de acquir. possess.*

Allorchè i terzi acquirenti sono stati aggiudicatarj di questi stabili dietro solenne giudicato, non hanno bisogno di averli posseduti durante il tempo richiesto per la prescrizione; essi hanno un altro mezzo per difendersi dalla domanda di rivendicazione del donante o di quelli che fossero subentrati nei suoi diritti; questo è il difetto della opposizione alla sentenza per parte del donante o di coloro che sono subentrati ne' suoi diritti, la quale fa sì, che la sentenza estingua in essi il diritto di proprietà che avevano sugli stabili.

57. Dietro la domanda di rivendicazione, lo stabile deve essere rilasciato nello stato in cui si trova, con ciò che vi è stato unito e che ne fa parte, coll' obbligo però di rimborsare al possessore le spese fatte nello stabile stesso, sino alla concorrenza di quanto trovasi accresciuto di valore, come c'insegna Pomponio: *Si vir uxori aream donaverit, et uxor in ea insulam aedificaverit, ea insula sine dubio mariti est ..... Si maritus vindicet insulam, retentionem impensae mulierem facturam*; *l.* 31, § 2, ff. *de don. int. vir. et uxor.*

58. *Quid* se lo stabile trovasi allo incontro deteriorato? In questo caso convien fare una distinzione. Quando la domanda di rivendicazione è intentata contro al donatario o a'suoi eredi, il donante o quelli che sono subentrati ne' suoi diritti possono domandare di esser risarciti dei danni ed interessi risultanti da questi deterioramenti; imperciocchè il donatario ricevendo indebitamente la donazione di uno stabile, che la legge gli proibiva di ricevere, ha contratta l'obbligazione di restituirlo al donante, e per conseguenza di conservarlo senza deteriorarlo; e gli eredi del donatario succedono a lui in questa obbligazione.

Ma non deve dirsi lo stesso allorchè la domanda è intentata contro ad un terzo acquirente possessore di buona fede; questi non è tenuto dei deterioramenti fatti prima della domanda, o da'suoi autori o da lui stesso, poichè egli ha potuto deteriorare uno stabile che credeva appartenergli, *potuit negligere rem quam existimabat suam*; prima della domanda egli non ha contratta alcuna obbligazione verso il donante, rapporto a questa cosa; e soltanto dalla domanda e dalla copia dei documenti a lui significati conosce che lo stabile appartiene all'attore, e contrae quindi l' obbligazione di restituirglielo nello stato in cui al tempo della domanda stessa si trova.

Si osservi però, che se le deteriorazioni fatte prima della domanda dal terzo acquirente possessore di buona fede, fossero deterioramenti da'quali egli avesse profittato, per esempio se avesse venduto delle piante d'alto fusto che si trovavano nello stabile, sarebbe tenuto a queste deteriorazioni sino alla concorrenza di ciò che ne ha ricavato; poichè non è mai permesso ad alcuno di arricchirsi colla cosa'altrui: *Neminem aequum est cum alterius detrimento locupletari*; *l.* 206, ff. *de Reg. jur.*

Il donante o i suoi eredi, che non possono farsi render ragione dal terzo acquirente delle deteriorazioni che ha cagionate, e di cui non ha profittato, hano il loro regresso contro al donatario ed a'suoi eredi pe' danni ed interessi risultanti dalle deteriorazioni suddette; poichè il donatario ed i suoi eredi non han potuto col loro fatto, facendo passare in altre mani lo stabile, liberarsi dall' obbligazione che il donatario ha contratta ricevendo indebitamente lo stabile, di restituirlo in buono stato, come l'ha ricevuto.

59. Il donante o i suoi eredi, nella domanda di rivendicazione contro al donatario o suoi eredi, possono concludere, acciocchè questi sieno condannati alla restituzione dei frutti percepiti.

I giureconsulti romani facevano a questo riguardo una distinzione tra i frutti naturali ed i frutti industriali. Essi obbligavano il conjuge alla restituzione di tutti i frutti naturali da lui percepiti, cioè di quei frutti che la terra produce senza coltura alcuna, come sono le legna risultanti dal taglio di un bosco, il fieno che producono i prati, le poma, le noci, ec., ed al contrario liberavano il conjuge donatario dalla restituzione de' frutti industriali; cioè di quelli che la terra produce soltanto mediante coltura, come sono i vini, le biade, ec. Così insegna Pomponio: *Fructus percipiendo uxor, vel vir, ex re donata suos facit, illos tamen quos suis operis acquisierit, veluti serendo; nam si pomum decerpserit, vel esse silva caedit, non fit ejus*; *quia* (aggiunge egli, e questa è la ragione della differenza) *non ex facto ejus is fructus nascitur*; *l.* 45, ff. *de usur.*

Il pensiero del giureconsulto, che ha bisogno di essere sviluppato, si è, che il donatario ricava i frutti industriali mediante le fatiche e le spese che ha fatte per farli venire, lo che può servirgli di fondamento per ritenerli: *pro cultura et cura*; ma i frutti naturali essendo prodotti senza coltura alcuna, egli li riceve soltanto in forza della donazione, la quale, essendo un titolo illecito, non può dargli alcun diritto di ritenerli. Questo è il senso delle parole: *Quia non ex factus ejus is fructus nascitur.*

Io non credo che questa distinzione sia seguita nel nostro diritto: la donazione fra marito e moglie essendo un titolo nullo, il conjuge donatario ha posseduto indebitamente e senza titolo lo stabile che gli è stato

donato, e non ha avuto il diritto di percepirne i frutti; quindi egli deve restituire al donante o a' suoi eredi quelli che ha percepiti, di qualunque specie sieno, naturali, industriali, o civili. Automne, nella sua conferenza, dice su questa legge: *Haec lex fructus non est in usu.*

60. Si osservi però che, per quanto lungo sia stato il tempo, durante il quale il donatario ed i suoi eredi hanno posseduto lo stabile, può domandar loro soltanto la restituzione dei frutti percepiti ne' ventinove anni precedenti la domanda, e quelli percepiti dopo la domanda. Se il donante ed i suoi eredi non possono difendersi dalla restituzione dello stabile allegando qualunque prescrizione, ciò è perchè lo stabile esiste, e perciò il donante o i suoi eredi, che ne sono sempre rimasti proprietarj, possono rivendicare una cosa che loro appartiene, in qualunque siasi tempo, ma i frutti di questo stabile, che furono percepiti dal donatario e da'suoi eredi, sono stati consumati e non esistono più; quindi il donatore ed i suoi eredi non possono più rivendicarli, ed hanno soltanto un credito che gli dà il diritto di domandarne il valore al donatario ed a'suoi eredi, che gli hanno indebitamente percepiti: ora tutti i crediti sono soggetti alla prescrizione di trent' anni, la quale comincia a decorrere dal giorno in cui si è potuto intentare la domanda: il credito del donante pei frutti, che il donatario ha percepiti trent' anni prima della domanda, è dunque prescritto; ed egli per conseguenza può domandare soltanto quelli percepiti ne'ventinove anni, che precedettero la domanda.

61. Quando la domanda di rivendicazione è intentata contro ad un terzo acquirente di buona fede il donante o quelli, che sono subentrati nei suoi diritti, possono domandare soltanto la restituzione de'frutti ch'egli avesse percepiti dopo la domanda, non essendo tenuto il possessore di buona fede a restituir quelli che avesse percepiti da prima. Ma in questo caso il donante e quelli che sono subentrati ne'suoi diritti, possono domandare al donatario ed a' suoi eredi, ancorchè questi non posseggano più lo stabile, que' frutti che non possono domandare al terzo acquirente; poichè il donatario ed i suoi eredi, facendo passare in altre mani lo stabile, non hanno potuto col loro fatto liberarsi dalla obbligazione contratta dal donatario, ricevendo indebitamente questo stabile, di restituirlo con tutti i frutti.

62. Oltre all' azione di rivendicazione, il donante ed i suoi eredi hanno anche l' azione personale *in factum* contro al donatario e suoi eredi, come abbiamo veduto *supra*, n.11.

Il donante ed i suoi eredi non hanno bisogno di quest' azione, allorchè lo stabile è in possesso del donatario o de'suoi eredi, contro ai quali essi hanno in questo caso l'azione di rivendicazione. Ma quando il donatario e i suoi eredi hanno per fatto proprio cessato di possederlo, il donante o i suoi eredi hanno quest'azione contro essi, colla quale hanno diritto di domandare i danni ed interessi risultanti dall'inesecuzione dell'obbligazione che il donatario, ricevendolo indebitamente, ha contratta di restituirlo; obbligazione che il detto donatario o i suoi eredi, per causa di un fatto proprio, non possono eseguire, cessando volontariamente di possedere lo stabile.

Il donante ed i suoi eredi hanno specialmente bisogno di quest' azione contro il donatario ed i suoi eredi, allorchè non hanno più l' azione di rivendicazione contro il terzo che possiede lo stabile e che l'ha acquistato *jure usucapionis* col possesso di dieci anni.

63. Quest'azione *in factum*, che il donante o i suoi eredi ed aventi causa hanno contro il donatario ed i suoi eredi, che non possedono più lo stabile, è, come tutte le altre azioni personali, soggetta alla prescrizione di trent' anni, la quale comincia a decorrere soltanto dal giorno della morte del donante. Essa non decorre durante la vita di questo; poichè egli fa un vantaggio proibito all'altro conjuge donatario; non usando contro di lui di una tale azione per la ripetizione di ciò che gli ha donato.

Questa ragione deve arrestare la prescrizione durante la vita del donante, soltanto riguardo alla domanda del fondo: sarebbe troppo duro l'esten-

derla ai frutti, per domandarne più di ventinove annate prima della domanda; *supra*, *n.* 60.

64. Avvi anche un'altra azione che può esser intentata contro coloro che possiedono gli stabili, che uno dei conjugi ha donato all' altro durante il matrimonio, sieno essi il donatario stesso o i suoi eredi, o sieno terzi possessori; questa è l' azione ipotecaria che possono contro di loro intentare i creditori ipotecarj del donante, ed anche quelli la di cui ipoteca è posteriore alla donazione; imperciocchè il donante essendo sempre rimasto proprietario di questi stabili, non ostante la fattane donazione e tradizione, come abbiam veduto *supra*, *n.* 50, questi stabili sono compresi in tutte le ipoteche generali de'suoi beni ch' egli ha contratte, benchè posteriormente alla donazione.

§ 2. *Del caso in cui la donazione fatta fra marito e moglie, durante il matrimonio, consiste in mobili o in una somma di denaro, e venne eseguita colla tradizione.*

65. Se i mobili che uno de' conjugi ha donati all'altro durante il matrimonio, trovansi ancora in natura in possesso del donatario o de' suoi eredi, il donante ed i suoi eredi possono rivendicarli, senza che il detto donatario o i suoi eredi possano negare di restituirli, qualunque sia il tempo durante il quale gli abbiano posseduti, come abbiamo detto riguardo agli stabili nel paragrafo precedente.

66. Il donante ed i suoi eredi possono parimenti rivendicare i detti mobili dai terzi acquirenti che se ne trovassero in possesso, eccetto, che in due casi. Il primo è quando i detti acquirenti provassero di averli comprati ad una vendita giudiziale o ad una fiera e mercato pubblico, mentre allora l'acquirente non può essere evinto, a meno che il proprietario non s'offra a restituirgli il prezzo che la cosa gli è costata. Livoniere ne ha fatto una massima, *lib.* 4, *cap.* 10, *R.* 16. Vedansi le autorità citate sopra questa regola.

Il possessore deve provare di avere acquistato con una vendita giudiziale, producendo il processo verbale di vendita; e deve provare con testimonj di aver acquistato in una fiera o mercato pubblico.

67. Il secondo caso è quando questi terzi gli hanno acquistati, *jure usucapionis*, mediante possesso avutone durante il tempo richiesto per la prescrizione.

Questo tempo è di tre anni secondo il Diritto Giustinianeo, che varj de'nostri Statuti come Melun, Amiens, Anjou, le Maine, Sedan, hanno adottato con espresse disposizioni, e che deve ritenersi pel diritto comune negli Statuti che non ne hanno parlato. Il nostro Statuto di Orleans dicendo, nell'articolo 260, che *non ha luogo prescrizione minore di trenta anni* RIGUARDO AGLI STABILI E COSE IMMOBILIARI, si spiega abbastanza, che riguardo ai mobili intende di riportarsi al diritto comune, che ha stabilito quella di tre anni.

Oltre a questa differenza di tempo per la prescrizione tra gl'immobili ed i mobili, avvene un'altra, ed è, che per l' usucapione degl' immobili pel possesso di dieci o vent' anni, bisogna che il possessore produca il titolo del suo acquisto; mentre invece riguardo ai mobili, siccome è in uso che le vendite, le donazioni e le altre specie di alienazioni de'mobili si eseguiscano e si consumino colla tradizione da mano a mano, senza farne alcun atto in iscritto; così in queste prescrizioni deve credersi al possessore in ciò ch' egli allega intorno al titolo in forza del quale egli dice di aver avuta la cosa; purchè ciò ch'egli allega sia verosimile.

68. Allorchè i mobili che l'uno dei conjugi ha donato all'altro non esistono più, se sono periti per qualche accidente, senza fatto o colpa del donatario o de'suoi eredi, la perdita cade sul donante, che ne è sempre rimasto proprietario, o sui suoi eredi: *res perit domino*.

69. Allorchè i mobili che uno dei conjugi ha donati all'altro non si trovano più, perchè il donatario ne ha disposto, il donante o i suoi eredi hanno un' azione personale contro il donatario o i suoi eredi, la quale na-

sce dall' obbligazione che il donatario, ricevendoli indebitamente, ha contratta di restituirli. Quest' azione ha per oggetto di far condannare il donatario o i suoi eredi, qualora manchino di restituire le cose donate, a pagare il prezzo secondo la stima.

Quando uno de' conjugi ha donato all' altro, durante il matrimonio, una somma di danaro, il donante ed i suoi eredi hanno parimenti un' azione personale contro il donatario o i suoi eredi, per costringerli alla restituzione di questa somma

70. Secondo i principj del diritto romano, il conjuge donatario che avea spesa la somma, o che non avea più le cose a lui donate, era tenuto alla restituzione della detta somma o del prezzo delle cose che gli erano state donate, soltanto sino alla concorrenza di ciò che si trovava avere profittato al tempo della contestazione della lite: *Hactenus revocatur donum ab eo, ab eave cui donatum est, ut si quidem extet res, vindicatur; si consumpta sit, condicatur hactenus, quatenus quis eorum locupletior factus est*; *l.* 5, § 18, ff. *de donat. int. vir. et uxor. Quod autem spectetur tempus an locupletiores sint facti.... verum est, litis contestatae tempus spectari oportere*; *l.* 7, ff. *d. tit.* Questa è una conseguenza del principio del diritto romano riferito qui sopra, che le donazioni fra marito e moglie sono proibite solamente in quanto l' uno di essi siasi arricchito a spese dell' altro.

Nella nostra giurisprudenza non si esamina quale uso il conjuge donatario abbia fatto del danaro o delle cose che gli sono state donate, e che non si trovano più; ma si presume ch' egli ne abbia profittato.

§ 3. *Caso in cui la donazione consiste in una cosa incorporale, e fu eseguita colla quasi-tradizione.*

71. Siccome nelle donazioni, che uno de' conjugi fa all' altro durante il matrimonio, la tradizione della cosa fatta al conjuge donatario non gliene trasferisce la proprietà; similmente quando uno de' conjugi fa all' altro la donazione di una cosa incorporale, la quasi-tradizione, che ne interviene in seguito, non ne trasferisce la proprietà al donatario.

Supponiamo, per esempio, ch' io sia creditore di Pietro, o di una somma di denaro o di una tappezzeria preziosa che ho comprata da lui, e che egli si è obbligato a rilasciarmi; io, durante il matrimonio, fo donazione di questo credito a mia moglie, colla quale non sono in comunione di beni; e mia moglie fa notificare a Pietro la cessione ch' io le ho fatta. Questa notificazione della cessione, che è una quasi-tradizione del credito di cui le ho fatto donazione e cessione, e che, riguardo ai crediti, è lo stesso che la tradizione reale riguardo alle cose corporali, non avrà trasferito a mia moglie la proprietà di questo credito, come la tradizione reale di una cosa corporale, di cui le avessi fatto donazione, non avrebbe potuto trasferirgliene la proprietà. Io rimango dunque proprietario di questo credito, non ostante la notificazione della cessione, che mia moglie ha fatta a Pietro, mio debitore: quindi i miei creditori, non ostante l' avvenuta notificazione di questa cessione, possono sequestrare ciò, che mi è dovuto da Pietro: e parimenti io posso, pentendomi della donazione fatta a mia moglie, far notificare a Pietro la proibizione di pagare nelle mani di mia moglie.

72. Non essendo stato notificato a Pietro alcun impedimento, nè per parte mia nè per parte de' miei creditori, il pagamento da lui fatto a mia moglie sarebbe valido? Egli è valido riguardo a Pietro, allo effetto di liberarlo da ciò che mi deve. Infatti la cessione ch' io ho fatta a mia moglie, la quale gliel' ha notificata, contiene un ordine ch' io gli do di pagare nelle mani di mia moglie; ora il pagamento fatto per mio ordine a mia moglie si reputa fatto a me stesso, ed è valido egualmente come se a me fosse fatto, secondo la regola di diritto: *Quod jussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset*; *l.* 180, ff. *de reg. jur*.

Ma questo pagamento, da lui fatto per mio ordine a mia moglie, della cosa ch' egli mi deve, non trasferisce a mia moglie la proprietà della cosa che

egli paga nelle sue mani; ma al contrario ne trasferisce a me la proprietà col pagamento ch'ei fa a mia moglie; la ragione si è, che quando il mio debitore, per liberarsi dell'obbligo contratto verso di me riguardo alla tappezzeria vendutami, e che si era obbligato di darmi, la consegna per mio ordine a mia moglie, è come se l'avesse consegnata a me stesso, e che io dopo averla da lui ricevuta la donassi a mia moglie: sono io stesso che la do a lei col di lui ministero, ed io dandogliela col ministero del mio debitore, non posso trasferirgliene la proprietà, come non lo potrei dandogliela direttamente. Così insegna Ulpiano: *Si (vir uxori donare volens) debitorem suum ei solvere jusserit, hic quaeritur an nummi fiant ejus, debitorque liberetur. Celsus, lib. 15. Digestorum scribit, videndum esse, ne dici possit et debitorem liberatum, et nummos factos mariti, non uxoris; nam etsi donatio jure civili non impediretur, eum rei gestae ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret; nam celeritate conjungendarum inter se actionum, unam actionem occultari; caeterum debitorem creditori dare, creditorem uxori; nec novum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere; l. 3, § 12, ff. de donat. int. vir. et uxor.*

Essendo quindi proprietario della tappezzeria che il mio debitore ha pagata a mia moglie, posso rivendicarla da mia moglie stessa e da tutti coloro che se ne trovassero in possesso, come se invece del credito della tappezzeria le avesse donato la tappezzeria stessa, poichè il credito della tappezzeria essendosi confuso e realizzato nella tappezzeria mediante il pagamento, la donazione del credito della tappezzeria è divenuta col pagamento donazione della tappezzeria.

73. Un altro esempio si può ricavare dal caso in cui uno de' conjugi avesse costituito a titolo di donazione un diritto di servitù sul suo fondo, *puta*, assoggettandolo ad un diritto di pascolo, in favore del fondo dell'altro conjuge, vicino al suo. Sebbene sia intervenuta la quasi tradizione di questo diritto che si fa *usu et patientia*, ed il conjuge donatario vi abbia mandati a pascolare i suoi bestiami sotto agli occhi e con saputa del conjuge donante che l'ha sofferto; per quanto lungo sia stato il tempo durante il quale il conjuge donatario ed i suoi successori nel fondo gli abbiano mandati, e per quanto lungo sia il tempo che il conjuge donante ed i suoi successori l'abbiano sofferto, essi hanno l'azione *negatoria servitutis* per impedirlo; poichè un diritto di servitù può stabilirsi soltanto con un titolo valido, qualunque siasi il tempo durante il quale uno ne ha goduto; e le donazioni fra marito e moglie essendo nulle di pieno diritto, la donazione, che uno de'conjugi ne ha fatta all'altro, non può essere un titolo valido.

§ 4. *Del caso in cui la donazione consiste nella remissione di qualche credito o di qualche altro diritto.*

74. La nullità della donazione, che contiene una tal remissione, produce l'effetto che questa remissione viene riguardata come non avvenuta e non ha alcun effetto; quindi il credito o qualunque siasi diritto, di cui il conjuge ha fatto la remissione, continua a sussistere come era; ed il conjuge, che ha fatta la remissione, continua ad avere le stesse azioni che avea per lo addietro, cosicchè tanto egli quanto i suoi eredi possono esercitarle come se non avesse fatta la remissione.

§ 5. *Del caso in cui la donazione fatta da uno de' conjugi all' altro consiste soltanto in una promessa, che non è stata seguita la tradizione.*

75. La nullità della donazione, che comprende una tale promessa, produce l'effetto di non far nascere obbligazione alcuna nella persona che l'ha fatta; e colui, a cui è stata fatta, non ha alcuna azione, nè contro il conjuge nè contro i suoi eredi per domandarne l'esecuzione.

76. Nulla di meno, se dopo la morte di quello, che ha fatto la promessa, i suoi eredi avessero pagato all'altro conjuge ciò che il defunto gli aveva

promesso, il pagamento sarebbe valido. Nè si può dire ch' è stato senza causa, e che colui al quale fu fatto ritenga senza causa la cosa che gli è stata pagata; poichè la fedeltà che usa l' erede nell' eseguire le volontà del defunto, ancorchè la legge non ve lo obblighi, è lodevole, ed è una causa onesta del pagamento che ha fatto. È vero che se il conjuge stesso avesse fatto questo pagamento, non sarebbe valido, e tanto egli quanto i suoi eredi avrebbero diritto di ripeterlo, per la ragione che lo Statuto proibisce egualmente a questo conjuge e la promessa e il pagamento; ma la proibizione della legge essendo ristretta alla sola persona del conjuge, il suo erede, a cui la legge non ha fatto proibizione alcuna, ha potuto validamente fare questo pagamento.

§ 6. *Sesto caso. Delle donazioni testamentarie.*

77. La nullità delle donazioni testamentarie, che uno de' conjugi ha fatto all' altro, produce l' effetto che non dà alcun diritto al conjuge cui sono state fatte, nè per conseguenza alcun' azione per domandarne il rilascio; ma se gli eredi del conjuge testatore, rispettando le sue ultime volontà, avessero pagato questi legati, il pagamento da essi fatto sarebbe valido, per le stesse ragioni riferite nel paragrafo precedente.

CAPITOLO II.

Dei vantaggi indiretti proibiti fra marito e moglie.

Noi distingueremo quattro specie di vantaggi indiretti. La prima è quella de' contratti che intervengono fra marito e moglie durante il matrimonio, i quali, senza essere donazioni formali, comprendono, o vi ha sospetto che comprendano qualche vantaggio fatto da un conjuge all' altro. La seconda comprende tutti i fatti che rinchiudono qualche vantaggio, che uno dei conjugi fa all' altro durante il matrimonio. La terza comprende quelli che si fanno per interposte persone. La quarta comprende i vantaggi che uno de' conjugi facesse ad un figlio dello altro conjuge, nato da un precedente matrimonio.

ARTICOLO PRIMO.

De' contratti che intervengono fra' conjugi durante il matrimonio, che comprendono, o sono sospetti di comprendere qualche vantaggio che l'uno di essi faccia all' altro.

78. Il diritto romano non proibiva ai conjugi di fare tra essi, durante il matrimonio, tutti i contratti che credevano opportuni, purchè non comprendessero alcun vantaggio fatto ad uno di essi a spese dell' altro, e che l' eguaglianza vi fosse esattamente osservata.

Riguardo a quelli che comprendevano qualche vantaggio fatto all' uno de' conjugi a spese dell' altro, i giureconsulti romani facevano una distinzione tra quelli che erano simulati, e quelli che, senza essere simulati, comprendevano qualche vantaggio. Quelli ch' erano simulati e ch' erano fatti soltanto per coprire e inorpellare una donazione che un conjuge voleva fare all' altro, erano dichiarati nulli; gli altri erano validi, e si riformava soltanto il vantaggio proibito che in essi contenevasi, obbligando quello, a di cui favore era fatto, a pagare il giusto prezzo. Pomponio ci dà un esempio di questa distinzione nella legge 5, § 5, ff. *de donat. inter vir. Neratius (dicit) venditionem donationis causa inter virum et uxorem factam nullius esse momenti; si modo, quum animum maritus vendendi non haberet, idcirco venditionem commentus sit, ut donaret; enim vero si, quum animum vendendi haberet, ex pretio ei remisit, venditionem quidem valere, remissionem autem hactenus non valere quatenus facta est locupletior.*

Si osservi che il giureconsulto non dichiara la remissione, ch' è stata fatta di una parte del giusto prezzo, intieramente nulla, ma solamente *quatenus facta est locupletior: Itaque*, aggiunge egli, *si res quindecim venierit*

quinque, nunc autem sit decem, quinque tantum praestanda sunt, quia in hoc locupletior videtur facta. In questo caso, sebbene il marito abbia fatto una remissione di dieci scudi alla moglie sul prezzo della cosa, che le ha venduta, e sebbene egli avrebbe potuto ricevere questi dieci scudi di più vendendola ad un estraneo; nulla di meno la moglie, a cui è stata fatta la remissione, essendo la cosa diminuita di prezzo e valendo soltanto dieci scudi, trovasi avvantaggiata di cinque scudi soltanto, valendo in oggi la cosa soli cinque scudi di più di quello ch'essa l'ha pagata; quindi non è obbligata a restituire la somma intiera, di cui l'è stata fatta remissione, ma soltanto i cinque scudi che costituiscono la somma, di cui essa trovasi aver profittato in questa remissione. Ciò è conforme al principio del diritto romano, tratto dalla legge 5, § 16, surriferita, *n.* 70, che i vantaggi diretti o indiretti, che uno de'conjugi fa all'altro, non sono nulli per tutto ciò che l'uno ha donato e per tutto ciò ch'egli ha perduto, ma soltanto sino alla concorrenza di ciò che l'altro ne ha profittato.

La vendita di una cosa fatta da un conjuge all'altro non era riputata un vantaggio indiretto e proibito, per la sola circostanza d'esser fatta a vile prezzo, allorchè non apparisce il disegno di avvantaggiarsi; una tal vendita potendo esser fatta a vile prezzo per mancanza di compratori che esibissero di più: *Sine dubio*, dice Pomponio, *licet a viro vel uxore minoris emere, si non sit animus donandi*; *l.* 31, § 3, *ff. d. tit.*

Il nostro diritto francese è stato molto più attento nel prevenire tutti i vantaggi indiretti, che i conjugi potrebbero farsi co'diversi contratti che intervenissero fra loro durante il matrimonio, e co'quali l'uno di essi potrebbe far passare all'altro una porzione de'suoi beni. Alcuni Statuti si sono espressamente spiegati su di questo proposito. Quello di Normandia, *cap.* 15, *art.* 410, dice: « Persone maritate non possono cedersi, donarsi o trasferirsi qualunque siasi cosa, nè *fare contratti* o confessioni, co'quali i beni dell'uno passino all'altro in tutto o in parte ». Quello del Nivernese, *cap.* 23, *art.* 25, dice: « Persone maritate non possono *contrattare* in vantaggio l'una dell'altra ». Veggasi quello del Borbonese, *cap.* 10, *artic.* 226.

Ciò ha luogo parimenti negli Statuti che non si sono spiegati; quindi Molineo, sull'articolo 256 dell'antico Statuto di Parigi, *n.* 5, stabilisce per massima, che i conjugi, durante il loro matrimonio, non possono fare alcun contratto fra loro senza necessità: *Nullum contractum etiam reciprocum facere possunt, nisi ex necessitate.*

Secondo questi principj, due conjugi, durante il loro matrimonio, non possono stabilire fra essi una comunione di beni, non solo nel caso in cui il loro contratto di matrimonio stabilisce l'esclusione della comunione, poichè allora si derogherebbe a una convenzione del contratto di matrimonio, che deve essere invariabile; ma anche nel caso, in cui i conjugi, domiciliati sotto ad uno Statuto, che non ammette la comunione, si fossero maritati senza contratto di matrimonio.

Per questi principj Molineo, nel luogo sopra citato, *n.* 4, decide che il marito, durante il matrimonio, non può più vendere a sua moglie un suo stabile proprio, nè farne un acquisto col peso dal lato della moglie di pagargliene il prezzo, in proporzione della parte ch'essa ha nella comunione: *An possit maritus justo praetio vendere (uxori) quod domus propria virit erit communis . . . . Respondit: non.*

ARTICOLO II.

De'fatti che comprendono vantaggi indiretti proibiti fra marito e moglie.

79. Si può addurre un'infinità di esempj di fatti che comprendono di questi vantaggi indiretti.

Una prima specie di vantaggio indiretto, che un marito fa spesso a sua moglie, durante il matrimonio, è lo atto col quale riconosce di aver ricevuto di più di quello, che effettivamente ha ricevuto. *Finge:* Due futuri sposi nel loro contratto di ma-

trimonio hanno promesso di recare in comunione dieci mila lire per ciascuno, riservandosi proprio il di più, insieme a tutto ciò che loro pervenisse per successione; ed hanno pattuito che in caso di rinuncia alla comunione, la moglie riprenderà quanto v'ha portato. Il mobiliare che la moglie aveva all'epoca in cui si è maritata, insieme a quello che le è dopo pervenuto per successione, ammontava soltanto a venti mila lire, ma con note alterate fatte durante il matrimonio, e che furono sottoscritte e riconosciute vere dal marito, si fa ammontare a cinquanta mila lire; questo è un vantaggio indiretto, di una somma di trenta mila lire, che il marito fa mediante questo riconoscimento a sua moglie, nel caso in cui ella rinunci alla comunione, e di quindici mila lire soltanto nel caso in cui l'accetti, perchè nell'ultimo caso produce una confusione in sè medesima della metà della somma, che ha ripresa.

80. Un marito fa un vantaggio indiretto a sua moglie, non solo accrescendo lo stato del di lei mobiliare, ma anche diminuendo il suo. Se, per esempio, ritenendo lo stesso caso, il marito, il di cui mobiliare riservato proprio ammontava a cinquanta mila lire, nello stato da lui compilato l'ha fatto comparire del valore di venti mila soltanto, omettendo di comprendervi varj effetti, e computando al di sotto del loro giusto valore quelli che vi sono compresi: questo è un vantaggio indiretto che ha fatto a sua moglie di una somma di quindici mila lire, allorchè accetta la comunione. La moglie ha in questo caso la sua parte nelle trenta mila lire, che gli eredi del marito avrebbero dovuto prelevare di più della somma di venti mila lire che hanno prelevata. Quando la donna rinuncia alla comunione, non gliene risulta alcun vantaggio.

81. Questi vantaggi indiretti essendo proibiti tanto nel foro civile, quanto in quello della coscienza, gli eredi del marito sono ammessi a provare, e che la moglie avea di meno, e che il marito avea di più di quello che risulta dai rispettivi stati; ed in mancanza di prove, a deferire il giuramento decisorio alla moglie.

Nel foro della coscienza, quando anche gli eredi del marito non si fossero accorti dell'infedeltà di questi stati, e non facessero alla moglie contestazione alcuna su questo proposito, la moglie è tenuta a dichiarare agli eredi del marito la cognizione che essa ne ha, ed a far riformare i detti stati conformemente alla verità; e quando non l'abbian fatto, è obbligata, nel foro della coscienza, di restituire agli eredi del marito tutto ciò che a lei è pervenuto da questi vantaggi indiretti che suo marito le ha fatti, sia che ne abbia avuto cognizione al tempo della divisione, sia che abbia acquistato una tal cognizione soltanto dopo; con questa distinzione, che se essa avea cognizione di questi vantaggi indiretti al tempo in cui ricevette ciò che è a lei pervenuto, è obbligata indistintamente, nel foro della coscienza, alla restituzione di tutto ciò che è a lei pervenuto, ed anche alla restituzione de' frutti e degl' interessi; mentre invece se la cognizione l'ha acquistata dopo, è obbligata soltanto alla restituzione delle cose che le restavano, allorchè ha acquistata una tale cognizione, e di quanto ella trovasi aver profittato di quelle che non sono più in natura. Ciò è fondato sul principio di diritto naturale, che l'obbligazione di restituire contratta da noi in conseguenza della cognizione acquistata, che una cosa da noi ricevuta in buona fede come nostra, non ci appartiene, è fondata soltanto sulla regola di equità, che non permette ad alcuno di arricchirsi a spese altrui, e quindi dobbiamo esser obbligati ad una tale restituzione solamente in quanto noi troviamo d'esserne stati arricchiti, e di averne profittato.

82. La moglie parimenti può fare de' simili vantaggi a suo marito, diminuendo lo stato del mobiliare che deve riprendere, e sottoscrivendo gli stati alterati che il di lei marito ha fatto del suo.

Ciò che abbiamo detto intorno alle obbligazioni della moglie, riguardo a questi vantaggi indiretti a lei fatti dal marito, si applica egualmente al marito, riguardo a quelli che gli ha fatti la moglie.

83. L' occultazione dei documenti

giustificativi e degli indizj di ciò che uno de' conjugi ed i suoi eredi avrebbero diritto di riprendere, fatta da uno de' conjugi per toglierne la cognizione a' suoi eredi, e privarli così di ciò che loro è dovuto, è un' altra specie di vantaggio che questo conjuge fa all' altro, la di cui parte nella comunione diviene con questo mezzo più considerabile. Se per esempio il marito ha ricevuto durante il matrimonio la redenzione di molti capitali di rendite sue proprie, ammontanti a dodici mila lire, ed avendone soppresso tutti gli indizj che poteano darne cognizione, i suoi eredi non abbiano potuto preservarli dalla comunione, la parte della moglie nella massa dei beni della comunione trovandosi accresciuta di sei mila lire, quest' è un vantaggio che nel foro della coscienza l' obbliga verso ai detti eredi alla restituzione di una tal somma.

Similmente allorchè un conjuge è debitore verso la comunione di qualche compenso, *puta* per suoi debiti particolari, che sono stati pagati coi denari della comunione, o per ispese necessarie o utili fatte ne' suoi fondi proprj; la soppressione che i conjugi fanno dei documenti giustificativi e degl' indizj di questi compensi, per liberarne il conjuge, che ne è debitore, comprende un vantaggio proibito, di cui nel foro della coscienza non gli è permesso di profittare.

84. La falsa enunciazione del prezzo stabilito in un contratto di vendita di uno stabile proprio di uno de' conjugi, è anche una specie di vantaggio indiretto. Se per esempio nel contratto di vendita di uno stabile proprio della moglie trovasi che è stato venduto pel prezzo di ottanta mila lire, quando in realtà il prezzo è stato di cento mila, la donna o i suoi eredi potendo riprendere soltanto la somma di ottanta mila lire, invece di cento mila che loro appartiene, questo è un vantaggio indiretto che la moglie fa al marito di venti mila lire in caso di rinuncia alla comunione, e di dieci mila in caso di accettazione. Al contrario, se in detto contratto è detto che lo stabile fu venduto per cento mila lire mentre lo fu soltanto per ottanta mila, questo è un vantaggio che il marito fa alla moglie di venti mila lire in caso di rinuncia alla comunione; e di dieci mila lire in caso di accettazione.

85. Ecco un' altra specie di vantaggio indiretto. In una eredità pervenutami durante il mio matrimonio trovo varj capitali di rendite, risultanti da obbligazioni private sottoscritte dai debitori; questi capitali sono beni proprj negli Statuti, ne' quali le rendite si reputano beni immobili; io però a fine di darne la metà a mia moglie, facendoli passare per coacquisti, propongo ai debitori di rilasciarmi delle nuove obbligazioni portanti costituzioni di rendite, colla data posteriore all' epoca del mio matrimonio, invece di quelle da essi rilasciate al defunto; questi debitori hanno la compiacenza di prestarsi ad una tale frode, e mi rilasciano delle nuove obbligazioni, invece di quelle rilasciate da essi al defunto, ch' io restituisco ai medesimi. Quest' è un vantaggio indiretto ch' io faccio a mia moglie, e del quale non le è permesso di profittare.

Quindi se mia moglie, conoscendo quanto io ho operato, ha avuto nella divisione la metà di questi capitali di rendite, o altri effetti equivalenti, è obbligata, nel foro della coscienza, a restituire a' miei eredi la parte da essa avuta in questi capitali, o gli altri effetti equivalenti, con tutti gli arretrati decorsi dopo lo scioglimento della comunione. Se essa non soddisfa a questa restituzione, i debitori, che si sono prestati ad una tal frode, e ne sono stati partecipi, vi sono tenuti in di lei mancanza.

Ma questi debitori sarebbero tenuti ad una tale restituzione, allorchè fossero persone ignoranti che non avessero conosciuto il motivo del cangiamento della data delle obbligazioni? Io credo che per contrarre questa obbligazione non sia *necessario* che abbiano conosciuto ciò che dovesse risultare da questa frode; basta che essi abbiano conosciuto che questo cangiamento di obbligazioni, a cui si proponga loro di prestarsi, comprendeva qualche frode, e poteva recare danno ad alcuno, per essere tenuti al risarcimento del denaro che fosse per

derivare da questa frode, alla quale si sono prestati.

86. Ulpiano ci riporta un altro esempio di un vantaggio indiretto, nel caso in cui uno de' conjugi, che ha un diritto di servitù sullo stabile dell' altro conjuge, lascia estinguere il suo diritto col non usarne, a fine di recargli un vantaggio liberandone il suo stabile: *Si, donationis causa, vir vel uxor servitute non utatur, puto amitti servitutem; verum post divortium condici posse*; *l.* 5, § 6, ff. *de donat. int. et uxor.*

87. Nel nostro diritto francese, invece di dar un' azione al conjuge che ha lasciato estinguere questa servitù contro l' altro conjuge, acciocchè sia tenuto a costituirne una simile, si decide semplicemente che il tempo della prescrizione non è decorso durante il matrimonio.

88. I giureconsulti romani propongono un' altra questione. Uno de' conjugi, *puta* il marito, rinuncia ad una ricca eredità a lui deferita, ad oggetto che l' adisca sua moglie, la quale vi è chiamata in sua mancanza; oppure ripudia un legato fattogli da un parente di sua moglie, morto durante il matrimonio, di cui sua moglie essendo l' unica erede, è in tale qualità obbligata alla prestazione del legato. Si domanda se in questi due casi le rinuncie dell' eredità o del legato, di cui la moglie ha profittato, debbano ritenersi per vantaggi indiretti a lei fatti dal marito, e se per conseguenza gli eredi del marito abbiano diritto di domandarle la restituzione o della eredità o del legato di cui ha profittato. I giureconsulti romani si decidono per la negativa, sulla ragione, che i beni di una eredità ed anche le cose legate, si reputa che non sieno appartenute giammai alla persona che ha ripudiato l' eredità, o il legato; quindi il marito con questa rinuncia ha solamente tralasciato di acquistare, egli non ha diminuito di cosa alcuna i suoi beni, egli non ha dato parte alcuna di questi a sua moglie, che ha profittato soltanto della rinuncia da lui fatta all' eredità o legato, i quali furono bensì a lui diferiti ma non furono punto da lui acquistati. Il vantaggio dunque che deriva alla moglie da questa rinuncia non è un vantaggio vietato, poichè la legge proibisce le donazioni fra marito e moglie soltanto allorchè il vantaggio che l' uno fa all' altro diminuisce di qualche cosa i beni del primo, per arricchire il secondo: *Si maritus haeres institutus repudiet haereditatem donationis causa, Julianus scripsit donationem valere; neque enim pauperior fit qui non acquirat, sed qui de patrimonio suo deposit: repudiatio autem mariti mulieri prodest, si vel substituta sit mulier, vel etiam ab intestato haeres futura*; *d. l.* 5, § 13. *Simili modo et si legatum repudiet, placet nobis valere donationem, si mulier substituta sit in legato, vel etiam si proponas eam haeredem institutam*; *d. l*, § 14.

Questa ragione sulla quale è fondata la decisione de' giureconsulti romani, *neque enim pauperior fit qui non adquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit*, sembra aver più sottigliezza che solidità. È vero che le cose stesse che componevano la eredità, a cui ho rinunciato, o il legato che ho ripudiato, non hanno mai appartenuto a me; ma il diritto di conseguire questa eredità o questo legato, è un diritto che mi apparteneva allorchè l' eredità o il legato mi furono deferiti; ora questo diritto era dello stesso valore delle cose che ne formavano l' oggetto: esso faceva parte dei miei beni, e perdendolo volontariamente colla rinuncia ch' io ne ho fatta, ho diminuito d' altrettanto i miei beni; questa rinuncia dunque è un vantaggio che arricchisce la moglie a spese del marito

Si può però addurre una ragione migliore per decidere, che la rinuncia fatta da un marito ad un legato lasciatogli da una persona, di cui sua moglie è erede, non deve esser considerata come un vantaggio proibito che egli ha fatto a sua moglie; questa ragione si è, che il marito, ripudiando il legato, non ebbe tanto in vista di far co' suoi beni un vantaggio a sua moglie, quanto di non deviare il corso naturale delle cose e di non privare sua moglie de' beni di una eredità che la legge le deferisce, egli con ciò non fa altro senonchè ciò

che molte altre persone fanno per generosità, ripudiando un legato lasciato loro da alcuno de' loro amici o dei loro clienti, non precisamente ad oggetto di fare una donazione all' erede, a cui profitto deve cedere questa rinuncia, e che spesse volte è persona da loro non conosciuta, ma colla vista soltanto di lasciare le cose nel loro ordine naturale, e di non arricchirsi coi beni di una famiglia estranea.

Ma quando il marito che trovavasi solo nel grado più prossimo per conseguire una ricca eredità, la ripudia per farla passare a sua moglie, che trovasi nel grado seguente, questa rinuncia deve ritenersi per un vero vantaggio ch' egli ebbe disegno di fare a sua moglie, a spese del diritto che gli competeva; e questo vantaggio, non ostante la sottigliezza del diritto romano, deve passare per vantaggio proibito.

89. Avvi minore difficoltà ad ammettere la decisione de' giureconsulti romani nel caso seguente. Un mio amico mi ha partecipato il disegno che aveva di farmi una donazione o un legato; ed io l' ho indotto a farlo piuttosto a mia moglie. Il giureconsulto Pomponio decide che con ciò io non ho fatto alcun vantaggio proibito a mia moglie. In questo caso infatti io non mi spoglio di cosa alcuna che mi appartenga; io non ho mai avuto alcun diritto sui beni del mio amico, che avea idea di donarmi e che ha donati a mia moglie, poichè l' intenzione ch' egli avea di donarmeli non essendo stata posta ad esecuzione, non ha potuto farmi acquistare alcun diritto: *Quod legaturus mihi, aut haereditatis nomine relicturus es, potest rogatus a me, uxori meae relinquere; et non videtur ea esse donatio, quia nihil ex bonis meis diminuitur*; *l.* 31, § 7, *ff. d. tit.*

90. Quando un testatore, di cui io era l' unico erede, ha fatto a mia moglie un legato che intacca considerabilmente i quattro quinti de' beni proprj che la legge mi permette di ritenere; se io pago a mia moglie questo legato per intiero, senza assoggettarlo a diminuzione alcuna, dovrà un tal pagamento esser riguardato come un vantaggio indiretto, sino alla concorrenza di quanto io era in diritto di diminuire il legato? Io non lo credo; poichè io aveva un altro motivo di pagare il legato per intiero, cioè il rispetto per le ultime volontà del testatore; e questo motivo essendo lodevole, si deve presumere che da esso io sia stato indotto a pagare il legato, piuttosto che dalla mira di fare a mia moglie un vantaggio proibito dalla legge. Questo pagamento *magis videtur plenior executio voluntatis defuncti, quam donatio*.

Se fra varj legati che intaccassero i quattro quinti de' beni a me spettanti, io avessi pagato per intiero soltanto quello di mia moglie, avendo fatto soffrire agli altri legatarj le deduzioni cui erano soggetti i loro legati, non avvi dubbio in tal caso che fu soltanto in vista di avvantaggiare mia moglie, ch'io non ho fatta deduzione alcuna al suo legato, e quindi questo è un vantaggio proibito, di cui essa non deve profittare.

91. Allorchè durante il matrimonio io ho scelto un legato fattomi da uno de'miei parenti collaterali di cui era erede in parte, piuttosto che la porzione a me spettante nella di lui eredità consistente in immobili, noi abbiamo detto nel nostro *Trattato della Comunione*, n. 608, che i miei eredi non sono ammessi a pretendere che questa scelta sia un vantaggio indiretto da me fatto a mia moglie, nè ad offrire di provare che la porzione di eredità a me spettante era in se stessa più vantaggiosa del legato. Ciò deve infatti ritenersi sì perchè è incerto s' io abbia questa scelta per procurare un vantaggio a mia moglie, avendo potuto avere altre ragioni per farla, quanto perchè è conveniente lo schivare le liti, alle quali potrebbe dar luogo l'esame e la discussione del fatto, se la porzione ereditaria a cui ho rinunziato fosse effettivamente più vantaggiosa del legato. Ma nel foro della coscienza, se la moglie ha una perfetta cognizione, che il marito ha fatto una tale scelta soltanto colla mira di avvantaggiarla a sue spese, perchè la porzione di eredità che gli spettava era più considerabile del legato da lui scelto, io credo ch'essa non possa profittare di questo vantaggio, e che

debbe lasciare agli eredi di suo marito la sua parte de' beni co' quali la comunione venne aumentata, stante la scelta del legato fatta da suo marito.

92. Un' altra specie di vantaggio indiretto è quando uno de' conjugi, nominando l' altro conjuge esecutore del suo testamento, lo libera dal renderne conto. Questa liberazione dal rendimento de' conti, che gli lascia la libertà di ritenere e di convertire a suo profitto tutto ciò ch' ei vuole de' beni dell' eredità, tendendo a procurargli un vantaggio indiretto, non vi si debbe avere alcun riguardo; e non ostante questa clausola, il conjuge può essere esecutore testamentario soltanto coll' obbligo di render conto.

93. Per la stessa ragione, non si ha riguardo alla disposizione testamentaria, colla quale il defunto avesse ordinato che si rimettesse nelle mani del conjuge superstite una certa somma, acciocchè la impiegasse secondo le intenzioni del testatore ad esso palesate; questa infatti sarebbe una via d' eludere la legge, celando sotto questo pretesto il legato che un conjuge volesse fare all' altro contro la proibizione della legge stessa.

ARTICOLO III.

Dei vantaggi indiretti fra marito e moglie, che si fanno ad interposte persone.

94. I conjugi e le altre persone, a cui la legge civile proibisce di farsi delle donazioni, non solo non possono donarsi cosa alcuna direttamente, ma neppure per mezzo d' interposte persone: *Non solum per se maritus et uxor caeteraeque personae dare non possunt*; *l.* 3, § 9, ff. *d. tit.*

Quindi, se per eludere la legge che mi proibisce di donar cosa alcuna a mia moglie, io dono e lego certe cose ad un terzo, convenendo segretamente con questo ch' egli le restituirà a mia moglie: una tal donazione o legato non è permesso nè nel foro civile, nè nel foro della coscienza. Perciò, riguardo al foro civile, se i miei eredi hanno la prova per iscritto, o anche solamente la testimoniale, della convenzione da me stipulata col terzo a cui feci la donazione o il legato, essi devono essere ammessi a produrla, e se la fanno, la donazione o il legato debbono esser dichiarati nulli.

Essi possono anche in mancanza di prova deferire il giuramento a questo donatario o legatario, acciocchè egli sia tenuto a dichiarare di non essere persona interposta che deve restituire a mia moglie le cose donate o legate: e s' egli non giura, si deve parimenti dichiarar nulla la donazione o il legato a lui fatto.

Riguardo al foro della coscienza, mia moglie che ha ricevuto, contro il divieto della legge, ciò che le ho fatto pervenire col mezzo d' interposta persona, è obbligata di restituir tutto a' miei eredi, co' frutti che ne ha percepiti, se sono stabili, o cogli interessi se sono somme di danaro, fin dal giorno in cui questi stabili, e queste somme furono a lei conseguati.

95. Mancando la moglie di far questa restituzione, la persona interposta, che ha prestata l' opera sua per farle pervenire ciò che ha ricevuto, è obbligata nel foro della coscienza a questa restituzione; poichè è massima certa di diritto naturale, che chiunque ha prestata l' opera sua ad una ingiustizia, è obbligato a ripararla, allorchè non lo fa colui che ne ha profittato.

Si usa comunemente di allegare, per dispensarsi da questa restituzione, che le donazioni fra marito e moglie essendo proibite soltanto dalla legge civile, ed essendo permesse dal diritto naturale, non comprendono ingiustizia alcuna. La risposta però è facile. La legge naturale, si dice, permette le donazioni fra marito e moglie. Distinguo. Le permette alle persone che non sono sotto l' impero di una legge civile che le proibisce; lo concedo. Le permette anche alle persone che sono sotto all' impero di una legge civile che le proibisce; lo nego. Imperciocchè la legge naturale comandandoci di sottometterci alle leggi civili sotto all' impero delle quali viviamo, allorchè due conjugi si trovano sotto all' impero di una legge, che proibisce le donazioni fra marito e moglie, queste donazioni, che sono ed esse proibite dalla legge civile, sotto la quale

vivono, sono loro proibite egualmente dalla legge naturale, la quale ordina loro di sottoporsi alle leggi civili, che proibiscono tali donazioni.

Ma s' insiste, e si dice che la legge civile non può essere contraria alla legge naturale; e che quindi non può proibire le donazioni fra marito e moglie, che la legge naturale permette. La conseguenza però è mal dedotta. Dal non poter essere contraria la legge civile alla legge naturale, ne segue soltanto ch' essa non può ordinare, e neppure permettere ciò che la legge naturale proibisce; nè proibire ciò che la legge naturale comanda. Ma la legge civile non si oppone alla legge naturale proibendo ciò che questa legge non fa che permettere: ora la legge non ordina le donazioni fra marito e moglie, ma le permette soltanto: la legge civile ha dunque potuto proibirle.

96. Noi abbiamo bastantemente dimostrato che il legatario, che ha restituito alla moglie del testatore il legato a lui fatto, secondo la convenzione secreta ch' egli aveva col testatore istesso, è obbligato, in mancanza della moglie, a restituire il legato agli eredi. A maggior ragione poi egli vi è obbligato, se contro alla fede della convenzione ha ritenuto il legato per lui, non potendo ignorare che il testatore l' aveva ad altri destinato.

97. Quando fu convenuto tra il testatore ed il legatario, che questi restituirebbe alla moglie del testatore una parte soltanto del legato, il legato non è illecito che per quella parte che deve esser restituita alla moglie, ed è lecito, e valido per la parte che deve per sè ritenere il legatario.

98. Parimenti quando fu convenuto tra il testatore ed il legatario che questi darebbe alla moglie, non la cosa stessa che gli è stata legata, ma una somma di danaro o altra cosa, egli può lecitamente domandare il rilascio del legato che gli è stato fatto; ma deve dare agli eredi del testatore ciò che ha convenuto di dare alla di lui moglie. Se, per esempio, io ho legato un certo stabile a Pietro, colla tacita convenzione ch' egli pagherebbe una somma di dieci mila lire a mia moglie, Pietro non può lecitamente dare questa somma a mia moglie, perchè la legge non lo permette; ma siccome non è in suo favore, ma in favore degli eredi del marito, che la legge soltanto permette questo fedecommesso, di cui il testatore lo ha incaricato verso sua moglie colla convenzione fatta con lui, così egli non deve profittare della nullità di questo fedecommesso, ma debbono profittarne gli eredi del marito, ai quali egli deve perciò dare questa somma, invece di darla alla moglie, come erasi incaricato.

99. Accade spesse volte che un marito per eluder meglio la legge, che non gli permette donar cosa alcuna a sua moglie, e per metter la persona, per mezzo della quale ha intenzione di far passare a sua moglie in tutto o in parte i suoi beni, in istato di giurare che non ha fatto convenzione alcuna col testatore di restituirli a sua moglie, lega i suddetti beni ad un amico di sua moglie, col quale non ha convenzione alcuna di restituirli a sua moglie, e a cui durante la sua vita non dà neppur cognizione alcuna di questo legato sperando ch' egli indovinerà facilmente l' intenzione che ebbe nel fargliela, e che restituirà a sua moglie i beni compresi nel legato stesso.

Si domanda se nel foro della coscienza, il legatario, a cui il testatore non ha fatto conoscere l' intenzione che aveva, facendogli questo legato, che lo restituisse a sua moglie, e che ha soltanto de' puri sospetti su questa intenzione del testatore, possa ricevere il legato e donare in seguito alla moglie del testatore i beni in esso compresi? La ragione di dubitare nasce da che non avendo il testatore nè alcun' altra persona manifestata al legatario l' intenzione di far passare il legato a sua moglie, si può dire che il legatario non è obbligato a supporla, per cui non apparendo nulla d' illecito nel legato, gli è permesso di conseguirlo. Essendo quindi divenuto proprietario de' beni compresi in questo legato, egli ha diritto di disporre come a lui piace e di donarli alla moglie del defunto, che non è in faccia sua una persona, a cui la legge abbia proibito di far delle donazioni.

Ad onta di tali ragioni, io credo però che basti che il legatario abbia

de' sospetti probabili, che sia stato intenzione del testatore, facendogli questo legato, di far passare alla propria moglie pel di lui mezzo i beni compresi nel legato, perchè sia obbligato nel foro della coscienza a ripudiarlo. La ragione si è, che noi siamo obbligati ad astenerci non solo dalle cose di cui conosciamo chiaramente l' ingiustizia, ma anche da tutte quelle che ne hanno qualche apparenza e da tutto ciò che è sospetto. Non è dunque necessario di aver una perfetta cognizione che il legato a noi lasciato fu fatto colla mira di farlo passare alla moglie del testatore, contro il divieto della legge ed in frode degli eredi, lo che è una ingiustizia, per crederci obbligati a ripudiar questo legato; ma basta che abbiamo dei sospetti probabili che il legato ci sia stato fatto con questa mira e comprenda questa ingiustizia; perchè, come abbiamo detto, siamo obbligati ad astenerci da tutto ciò che ha qualche apparenza o qualche sospetto di ingiustizia.

Il fondamento de' sospetti che il legatario può avere, che il legato sia stato a lui lasciato colla mira ch' egli lo faccia passare alla moglie del testatore, può risultare dal non avere avuto il legatario un' intima amicizia col defunto; per cui non rilevando alcuna causa che possa averlo indotto a lasciargli i suoi beni, non vegga altro motivo che abbia potuto indurlo a questo legato, che la speranza che egli lo restituirebbe a sua moglie, di cui è amico.

Per riparare a questa specie di frode, che è pur troppo comune, quando un legato lasciato ad un estraneo è sospetto di essere fatto colla mira di farlo passare a sua moglie, gli eredi del marito hanno diritto non solo di deferire al legatario il giuramento, che egli non ebbe alcuna convenzione col testatore di restituire il legato alla moglie di questo, lo che non porrebbe riparo ad una tale seconda specie di frode; ma debbono anche essere ammessi a domandare che il legatario giuri precisamente che domanda il legato per lui e non colla mira di farlo passare alla vedova del testatore.

100. Il legatario che ha dei sospetti probabili, che il legato a lui lasciato lo sia stato colla mira ch' egli lo facesse alla moglie del testatore, non solo non deve, nel foro della coscienza, accettarlo per restituirlo alla moglie, ma non deve neppur accettarlo per ritenerlo egli stesso, poichè è massima di diritto naturale, che noi non dobbiamo metterci in possesso di cosa alcuna, qualora non siamo sicuri della legittimità del titolo, in virtù del quale l' acquistiamo. Ora il legato fatto a questo legatario può essere per lui un titolo legittimo, solamente qualora la volontà del testatore sia stata, che i beni compresi nel legato restassero a lui, e non dovessero passare ad un altro; quindi essendovi della incertezza intorno a questa volontà del testatore, egli non è sicuro che il legato a lui fatto sia un titolo legittimo.

101. Un uomo non ha intenzione di far passare porzione alcuna de' suoi beni a sua moglie contro il divieto della legge; ma vuole soltanto impedire ch' ella abbia a soffrir delle liti in occasione della divisione che farà col suo erede, da lui conosciuto per un cavillatore: a quest' oggetto fa un legato universale ad una persona di sua confidenza. La sua intenzione segreta si è, che questi dopo d' essersi impadronito del legato, faccia, nella sua qualità di legatario universale, colla sua vedova la liquidazione dei diritti tanto della sua eredità, quanto di quella della sua vedova, e la divisione de' beni della comunione; e che dopo fatta questa liquidazione e questa divisione secondo le regole di una esatta giustizia, il legatario restituisca all' erede ciò che gli è pervenuto da questo legato universale. Un tal legato non ha nulla d' illecito; e quegli a cui è stato fatto, sia che il testatore gli abbia partecipate le sue intenzioni, sia che le sospetti soltanto, non solo non pecca, ma fa un' azione lodevole accettandolo, onde adempire la volontà del testatore.

102. Tutto ciò che abbiamo detto intorno ai legati fatti da un marito ad una terza persona, colla mira di fare passare a sua moglie le cose legate, riceve un' intiera applicazione riguardo ai legati che una moglie facesse ad una terza persona, colla mira di

far passare a suo marito le cose legate.

103. Una donna, egli è vero, non può far passare, dopo la sua morte, parte alcuna de' suoi beni a suo marito per recargli un vantaggio; ma se una donna fosse debitrice verso suo marito, senza che questi ne avesse le prove, la dichiarazione che ella facesse nel suo testamento di esser debitrice di una tal somma verso suo marito, non potendo obbligare nel foro civile gli eredi di suo marito, i quali, come abbiam veduto *supra, numero* 46, sarebbero ammessi a far rigettare questa dichiarazione come sospetta di comprendere un vantaggio indiretto, secondo la massima, *Qui non potest donare, non potest confiteri*, la moglie, per acquietare la sua coscienza, non solo può, ma deve, mentre è ancora in vita, prendere delle misure con qualche persona di sua confidenza, onde far avere a suo marito quanto gli deve, per mezzo di questa persona, facendole un legato della somma necessaria per questa restituzione.

Supponiamo, per esempio, che una moglie in comunione di beni con suo marito abbia preso, senza di lui saputa, varie somme di denaro in diverse volte, spendendole al giuoco, o donandole a' suoi amici. Non avvi dubbio che la moglie è debitrice a suo marito della metà di queste somme, in caso che i suoi eredi accettino la comunione, e del totale in caso che vi rinuncino; poichè non avendo diritto di disporre di cosa alcuna sinchè la comunione dura, quest' è un furto da lei fatto a suo marito, che l'obbliga alla restituzione, ed essa può liberarsi da quest' obbligo di restituzione solamente nel modo su espresso.

104. Si osservi che la persona, a cui s'indirizza la moglie, acciocchè presti l'opera sua per liberarla dall' obbligo di questa restituzione, non deve incaricarsene se non quando conosca bene questa donna, ed abbia luogo a credere che quanto le dice sia la verità, e non un falso pretesto per celare un vantaggio ch' essa vuol fare a suo marito.

105. La donna avendo fatto alla persona di sua confidenza un legato della somma, ch' ella vuol restituire a suo marito, così concepito: *Io lego al tale la somma di tanto, acciocchè l'impieghi secondo le mie intenzioni senza che debba renderne alcun conto*: se gli eredi della donna deferiscono a questo tale il suo giuramento, che la somma non è destinata a passar in mano di persone proibite, egli può prestar questo giuramento; poichè il marito è bensì una persona proibita per ricevere un vantaggio fattogli da sua moglie, ma non è persona proibita per ricevere una restituzione che gli è dovuta. Ma se si esigesse da questo tale, che dicesse precisamente se questo legato gli fu fatto acciocchè lo restituisca al marito, allora non potrebbe esimersi dal convenirne; deve aggiunger però che ciò è per una restituzione, di cui egli conosce il dovere, e di cui deve esporre le causa; ed il giudice, secondo le circostanze, vi presterà quella fede che stimerà opportuna.

106. Il marito può parimenti avere delle restituzioni da fare a sua moglie, per cause di cui sua moglie non può avere prova alcuna; dall' obbligo delle quali restituzioni egli può per conseguenza liberarsi nel modo da noi indicato. Si può addurre, per esempio, il caso in cui il marito avesse donato tra vivi da mano a mano, durante la comunione, delle somme considerabili di denaro ai figli di un precedente matrimonio, senza che sua moglie possa averne prova alcuna, sia perchè i figli, a cui si sono donate queste somme, siano morti in seguito, lasciando degli altri figli, sia perchè potrebbero avere la mala fede di negare di averle ricevute.

107. Il marito, che ha dissipati i beni della comunione in dissolutezza sebbene sia molto biasimevole, non è però obbligato a restituzione alcuna verso sua moglie, poichè la legge non obbliga il marito a conservare a sua moglie i beni della comunione, ma gli proibisce soltanto di convertirli in proprio vantaggio, o in vantaggio de' suoi; ed il contratto di comunione fra marito e moglie porta seco la condizione, che il marito disporrà come padrone de' beni della comunione stessa sinchè questa dure-

rà, e che la moglie potrà pretendere soltanto la metà di ciò, che rimarrà all' epoca dello scioglimento del matrimonio.

108. Alcuni Statuti riguardano le donazioni fatte da uno de' conjugi a persone di cui l' altro conjuge sia erede presuntivo, come fatte ad interposte persone, poichè le presumono fatte colla mira di far passare all' altro conjuge i beni compresi nella donazione per mezzo di questo donatario, nella cui eredità deve un giorno ritrovarli; e quindi le comprendono nella proibizione delle donazioni fra marito e moglie. Tale è lo Statuto del Borbonese, il quale così si esprime nell' art. 226: « Il marito, durante il matrimonio, non può fare alcuna società, donazione, nè altro contratto a vantaggio di sua moglie, dei figli d' altro letto di sua moglie, nè di altre persone, alle quali sua moglie debba succedere *immediate*; *nec e contra* la moglie al marito, a' suoi figli, o altri a' quali il marito debba succedere. Lo Statuto di Auvergna, *cap.* 14, *art.* 28, proibisce similmente alla moglie di fare donazione o disposizione alcuna a vantaggio di suo marito, o d' altri, a cui egli possa succedere.

Fuori di questi Statuti, le donazioni o i legati fatti dal marito a un fratello, ad una sorella, o a qualche altro parente collaterale di sua moglie, di cui la stessa sua moglie è erede presuntiva, e parimenti quelli fatti dalla moglie ai parenti collaterali di suo marito, de' quali lo stesso suo marito è erede presuntivo, sono validi; si reputa che se io ho fatta una donazione ad un parente di mia moglie, gliel' ho fatta per l' amicizia, che a lui mi stringeva, e non in considerazione di mia moglie. È vero che può accadere che mia moglie profitti un giorno indirettamente di questa donazione, trovando gli effetti donati nell' eredità del donatario, allorchè essa la raccoglierà, ma ciò non è un accidente che si presuma essersi considerato al tempo della fatta donazione, e sul quale siasi potuto contare.

109. Le donazioni o i legati che uno de' conjugi facesse al padre, o alla madre, o a qualche altro ascendente dell' altro conjuge, possono soffrire una maggior difficoltà. I beni del padre e della madre dovendo, secondo l' ordine naturale, passare a' loro figli, ed anzi i loro beni riputandosi in certa guisa, anche durante la loro vita, beni de' loro figli, i quali per questa ragione sono chiamati *sui hoeredes*, allorchè vi succedono, *quasi succedant in bona quae jam erant sua*; le donazioni o i legati, ch' io faccio al padre o alla madre di mia moglie, si reputano fatti alla stessa mia moglie, e per conseguenza sono compresi sotto la proibizione generale delle donazioni, dirette o indirette fra conjugi. Si può trarre argomento dallo editto delle seconde nozze, il quale proibendo alle mogli il donare al loro secondo marito una parte maggiore di quella di un figlio, comprende espressamente in questa proibizione le donazioni che facessero al padre o alla madre del loro secondo marito riguardandole come fatte al secondo marito stesso, mediante interposta persona. Dal che si può dedurre la massima, che la proibizione generale fatta da una legge, di donare direttamente o indirettamente a certe persone, comprende anche le donazioni fatte al padre ed alla madre di queste persone, riputandosi fatte indirettamente alle persone stesse.

Nulla di meno si citano alcune decisioni, che hanno confermati dei legati fatti da un marito al padre di sua moglie. Si risponde però a queste decisioni, ch' esse furono emesse nello Statuto di Parigi e nel caso in cui il donante non avea figli; ora, essendo nello Statuto di Parigi permesso a quel conjuge, che non ha figli, di donare ai figli dell' altro conjuge, si è giudicato che debba parimenti essergli permesso di donare al padre o alla madre di esso. Ma negli Statuti, che non permettono ad un conjuge di donar cosa alcuna ai figli di un precedente matrimonio dell' altro conjuge, per la ragione che l' intima unione che passa tra il padre e i figli, li fa in certa guisa riguardare come una stessa persona, e fa presumere donato al conjuge ciò che vien donato ai suoi figli, si debbono per la stessa ragione riputare le donazioni fatte da

uno de' conjugi al padre o alla madre dell'altro come fatte a questo conjuge, e come tali dichiararle nulle.

110 Se nella donazione fatta da uno de' conjugi al padre o alla madre, o a qualche altro ascendente dell' altro conjuge, fosse stato al donatario ingiunto l' obbligo della sostituzione, dopo la sua morte, a vantaggio di qualche estraneo; siccome non si potrebbe dire,in questo caso, che la donazione fosse stata fatta a considerazione dell' altro conjuge e per fargli passare le cose donate per mezzo del donatario, poichè dopo la morte del donatario stesso le cose debbono passare ad altre persone, così la donazione dovrebbe esser giudicata valida.

ARTICOLO IV.

Delle donazioni fatte ai figli di uno de' conjugi nati da un precedente matrimonio.

111. Lo Statuto di Parigi, *art.* 283, si spiega colle seguenti parole: « Non può uno dei detti conjugi donare ai figli dell' altro nati da un precedente matrimonio, nel caso che i detti conjugi o l'uno di essi abbia figli ».

L' interpretazione di quest' articolo ha sofferto difficoltà. Molti pretendevano che uno de' conjugi non potesse giammai in alcun caso donare ai figli, che l' altro conjuge aveva avuti da un precedente matrimonio; altri invece sostenevano, che la proibizione di quest' articolo riguardava soltanto il caso, in cui i conjugi avessero dei figli comuni, o pure quello, in cui il conjuge donante avesse egli stesso dei figli nati da un precedente matrimonio; ma che non era da quest' articolo proibito al conjuge, che non avea figli, di donare a' figli dell' altro conjuge. Se lo Statuto avesse voluto che un conjuge non potesse mai, o che abbia o non abbia figli, donare a' figli dell' altro conjuge, nati da un precedente matrimonio, avrebbe detto soltanto: *Non può un conjuge donare a' figli dell' altro nati da un precedente matrimonio*; e sarebbe stato inutile l' aggiungere la clausola, *nel caso che abbia figli*: questa clausola sarebbe intieramente superflua. Ora, in materia d' interpretazione, è regola costante della quale abbiamo fatto parola nel nostro *Trattato delle Obbligazioni, n.* 92, che si deve piuttosto intendere una clausola in un senso che le dia qualche effetto, che in quello in cui non ne avrebbe alcuno. Si deve dunque intendere la clausola, *nel caso che abbia figli*, in questo senso, ch' essa sia aggiunta per restringere a due casi la proibizione generale stabilita nel principio di quest' articolo; cioè al caso in cui i due conjugi abbiano figli comuni, ed al caso che il donante abbia de' figli nati da un precedente matrimonio. Dunque nello Statuto di Parigi, fuori di questi due casi, cioè quando il conjuge non ha alcun figlio, nè dal suo matrimonio coll' altro conjuge, nè da un matrimonio precedente, gli è permesso di donare a' figli che l' altro conjuge ha da un precedente matrimonio. Questa interpretazione venne confermata da una decisione del 1583, emessa in forma di regolamento, colla quale venne giudicato,che nello Statuto di Parigi quello fra' conjugi che non aveva figli, poteva donare a' figli dell' altro.

112. Riguardo agli altri Statuti, che hanno proibito le donazioni fra marito e moglie, in quelli che si sono spiegati su questo punto, e che hanno detto indistintamente,che i conjugi non possono farsi alcuna donazione l' un l'altro, nè a' loro figli nati da un precedente matrimonio, non avvi dubbio che l' uno dei conjugi, o che abbia o non abbia figli, non può donare cosa alcuna a' figli che l' altro ha da un precedente matrimonio.

113. In quelli che, come il nostro Statuto di Orleans, *art.* 280, hanno proibito le donazioni tra conjugi, senza spiegarsi intorno a quelle che fossero fatte da un conjuge a' figli dell' altro nati da un precedente matrimonio, si è dubitato, se queste donazioni fossero comprese nel divieto, specialmente quando il figlio, cui la donazione fu fatta, sembrava aver potuto meritare egli stesso l' amicizia e la benevolenza del suo patrigno o della sua matrigna, che gli ha fatta una tale donazione. Si diceva in favore di queste donazioni, che le donazioni fra marito e moglie non avendo nulla in

se stesse di contrario a' buoni costumi, la legge che le proibisce per certe ragioni politiche, è una legge che tende a vincolare e a restringere la libertà naturale, che ciascuno ha di disporre de' suoi beni come a lui piace, e quindi non deve essere riguardata come una legge favorevole che sia suscettibile di esser estesa. Si diceva in contrario, che le leggi, che han proibite le donazioni fra marito e moglie, sono fondate sopra giustissime ragioni, riportate *supra*, n. 1. Esse non debbono dunque esser così facilmente deluse, come lo sarebbero se fosse permesso ad un conjuge di donare a' figli dell' altro conjuge nati da un precedente matrimonio, poichè questo conjuge non mancherebbe di far donare a' proprj figli ciò che la legge non permette che sia donato a lui stesso. Questa ultima opinione venne confermata da una decisione del 15 febbrajo 1729, emessa in forma di regolamento; e quindi ne furono emesse molte altre, una del primo marzo 1734, in forma di regolamento, nello Statuto di Chalons; una del 27 luglio 1736, nello Statuto di Blois; una del 23 giugno 1737, in forma di regolamento, nello Statuto di Vitry; una del 7 maggio 1742, nello Statuto d' Artois, ed una del 29 aprile 1768 nello Statuto di Melun. Un magistrato del Parlamento ebbe la bontà di darmi una nota di tutte queste decisioni. Dunque non avvi più alcun dubbio che, ad eccezione dello Statuto di Parigi, nel quale è permesso, secondo lo *art.* 283, a quel conjuge, che non ha figli, di donare a' figli dell' altro, in tutti gli altri Statuti, che proibiscono le donazioni fra marito e moglie, uno de' conjugi, o che abbia o che non abbia figli, non può fare a' figli, che l' altro conjuge ha da un precedente matrimonio, le donazioni ed i legati che la legge gli proibisce di fare a questo conjuge stesso.

114. Tale proibizione comprende essa tutte le donazioni, di qualunque specie si sieno, cioè tanto le reciproche quanto le semplici? Negli Statuti, che comprendono espressamente i figli nel divieto che fanno ai conjugi di donarsi l' un l' altro, non sembra che vi possa esser difficoltà nel decidere, che tutte sono soggette ad una tale proibizione; poichè i figli, che i conjugi hanno da un precedente matrimonio, essendo stati compresi nella proibizione fatta a' conjugi di donarsi l' un l' altro, si deve riputare che le stesse donazioni proibite fra loro, sieno proibite anche verso a' figli. Ora le donazioni, di qualunque specie si sieno, tanto reciproche che semplici (salvi i due casi particolari di eccezione stabiliti negli *art.* 280 e 281), essendo comprese nella proibizione delle donazioni fra conjugi, debbono esser parimenti proibite in favore dei figli, che i conjugi hanno da un precedente matrimonio.

115. Avvi maggior difficoltà negli Statuti, che nella proibizione generale delle donazioni tra conjugi non hanno compreso espressamente i figli, che essi hanno da un precedente matrimonio. In questi Statuti se io ed un figlio, che mia moglie ha avuto da un precedente matrimonio, ci siamo fatta una donazione reciproca de' nostri beni presenti, de' quali ci siamo reciprocamente spropriati, colla riserva di usufrutto a favore del superstite; qualora ciò che ci siamo reciprocamente donati sia a un dipresso di eguale valore, e questo figlio sia presso a poco della mia età o di un' età maggiore, ovvero se essendo di un' età minore sia però di una complessione più debole della mia, si dirà che questa donazione è nulla per la ragion generale che la giurisprudenza ha esteso la proibizione fra conjugi a quelle che l' uno di essi facesse ai figli dell' altro? Nè si dovrà piuttosto dire al contrario: i figli che i conjugi hanno da un precedente matrimonio, non essendo formalmente compresi nella legge, che vieta le donazioni tra conjugi, le decisioni, che hanno dichiarate nulle le donazioni fatte da un conjuge a' figli dell' altro, sono fondate soltanto sul sospetto che fossero fatte in considerazione di questo conjuge, ed in frode della legge che non permette di donare al conjuge stesso? Dunque, allorchè v' ha un altro motivo, che ha potuto indurre il donante a far la donazione a' figli dell' altro conjuge, come in questo caso, in cui vi è indotto dal suo proprio

interesse e dal vantaggio che trova in questa donazione reciproca, la donazione non devesi impugnare.

Si può fare la stessa questione riguardo alle donazioni rimuneratorie. *Finge*: In uno Statuto, che non ha compreso formalmente nella proibizione delle donazioni tra conjugi quelle che l' uno di essi facesse a' figli dell' altro, un mio figliastro, che mia moglie ha avuto da un precedente matrimonio, vedendomi nell' acqua presso ad affogare, vi si è gettato egli pure e mi ha salvato, esponendosi al pericolo di affogare meco; se in seguito io gli fo una donazione, si potrà impugnarla, perchè fatta ad un figlio di mia moglie? Si potrà dire che sia fatta in considerazione di mia moglie, ed in frode della legge, che non mi permette di donare a lei? In questo caso non v' ha forse un altro motivo molto più verosimile, che mi ha indotto a questa donazione, cioè quello di dare al donatario un contrassegno della mia riconoscenza per un sì gran benefizio?

Nulla di meno, siccome l' esame de' motivi che hanno potuto indurre un conjuge a donare a' figli dell' altro, darebbe luogo a discussioni ed a liti, io credo che per evitarle sia d' uopo non entrare nell' esame di questi motivi, e di stabilire, come regola senza eccezione, che un conjuge non possa donar cosa alcuna ai figli dell' altro.

116. Si osservi che la proibizione fatta al conjuge di donare ai figli, che l' altro conjuge ha da un precedente matrimonio, essendo fondata soltanto sulla presunzione, che queste donazioni sieno fatte in considerazione dell' altro conjuge, ed in frode della legge; ed una tal presunzione potendo aver luogo solamente finchè il conjuge vive, tale proibizione cessa alla sua morte; quindi è permesso ad un uomo rimasto vedovo di donare ai figli della sua defunta moglie nati da un precedente matrimonio, ed è similmente permesso ad una donna di donare ai figli del suo defunto marito, anche negli Statuti che proibiscono espressamente, che un conjuge doni ai figli dell' altro conjuge.

PARTE SECONDA

DELLA DONAZIONE RECIPROCA PERMESSA DALLO STATUTO DI PARIGI, ED ALTRI SIMILI, TRA CONJUGI CHE NON HANNO FIGLI.

Avvi molta varietà nei nostri Statuti riguardo alla donazione scambievole fra marito e moglie.

117. *Prima specie di varietà.* Questa prima specie di varietà riguarda i casi, in cui la donazione scambievole è permessa fra conjugi durante il matrimonio. Lo Statuto di Parigi, quello di Orleans, e il maggior numero degli altri Statuti, permettono il dono reciproco nel solo caso, in cui il marito e la moglie non abbiano nè l' uno nè l' altro alcun figlio al tempo della morte di quello di essi che muore il primo. Al contrario, ve ne sono alcuni altri, i quali lo permettono in tutti i casi, o che esistano o no dei figli, come quello di Reims, Peronne, e varj altri. Finalmente ve ne sono che non lo permettono in alcun caso; come è lo Statuto di Chartres, il quale dice, *tit.* 3, *art.* 14: *Le donazioni reciproche non hanno luogo, e non possono due conjugi donarsi l' un l' altro cosa alcuna.* Non havvi luogo egualmente alle donazioni reciproche nello Statuto di Alvernia, il quale permette al marito di donare a sua moglie, ma non permette alla moglie di donar cosa alcuna al marito, in qualunque siasi maniera.

118. Si possono anche collocare nella classe degli Statuti, che non permettono in alcun caso le donazioni re-

ciproche, quelli che le permettono tra conjugi, ma in modo che ciascun di essi può sempre rivocarle senza il consenso dell' altro, notificandogliene, durante la sua vita, la rivocazione; tale è lo Statuto di Poitou, *art.* 213, quello di Mantes, *art.* 149. L' Ordinanza del 1721 avendo abrogate queste specie di donazioni, come l' abbiamo veduto *supra*, *n.* 6, non può esservi luogo alle donazioni reciproche in questi Statuti.

119. Nello Statuto di Dunois, non avvi luogo alle donazioni reciproche che sieno vere donazioni tra vivi, poichè quelle permesse da questo Statuto, debbono esser confermate da un reciproco testamento per esser valide.

120. *Seconda specie di varietà.* La seconda specie di varietà, che avvi tra gli Statuti, riguarda le diverse specie di beni, di cui essi permettono ai conjugi di farsi donazione scambievole. Lo Statuto di Parigi, quello di Orleans, e la maggior parte degli altri Statuti, restringono i doni reciproci, da essi permessi ai conjugi, a' soli beni della loro comunione. Altri Statuti non li restringono ai soli beni della comunione, permettendo loro di donarsi reciprocamente tutti i loro mobili, acquisti e coacquisti.

Vi sono pure degli Statuti che permettono di farvi entrare anche una parte de' loro beni proprj.

Ve ne sono finalmente di quelli che distinguono a questo proposito il caso in cui vi sieno dei figli dal caso in cui non ve ne esistano.

121. *Terza specie di varietà.* Lo Statuto di Parigi, quello di Orleans e il maggior numero degli altri Statuti, permettono ai conjugi di donarsi reciprocamente soltanto l'usufrutto. Molti altri permettono anche le donazioni della proprietà.

Alcuni Statuti distinguono a questo proposito le diverse specie di beni, permettendo soltanto le donazioni dello usufrutto de' beni proprj, e permettendo quelle della proprietà dei mobili e degli acquisti. Alcuni però permettono soltanto le donazioni della proprietà dei mobili: tale è lo Statuto del Grand-Perche, *art.* 94. Quello di Berry, *tit.* 8, *art.* 3, permette ai conjugi, che non hanno figli, di donarsi la proprietà di un terzo dei loro mobili, e l' intiero usufrutto de' loro coacquisti. Ve ne sono che distinguono a questo proposito il caso in cui esistano, dal caso in cui non esistano figli; tale è lo Statuto di Blois, che permette il dono reciproco della proprietà dei mobili e coacquisti quando non vi sono figli, e che permette soltanto il dono dell' usufrutto allorchè ve ne sono.

122. *Quarta specie di varietà.* Lo Statuto di Parigi, ed un gran numero d' altri, richiedono, per la validità delle donazioni reciproche, un' eguaglianza perfetta in ciò che un conjuge dona all' altro, come vedremo *infra*, *cap.* 1, *art.* 2. Vi sono invece degli altri che non esigono quest' eguaglianza, ed a' quali basta che ciascun conjuge abbia de' beni della stessa specie, cioè che ciascuno abbia de' beni proprj, allorchè si fanno entrare i beni proprj nella donazione reciproca; che ciascuno abbia degli acquisti etc. Anjou, *art.* 327: Tours, *art.* 243.

123. *Quinta specie di varietà.* Vi sono alcuni Statuti che richiedono per la validità delle donazioni reciproche fatte tra conjugi durante il matrimonio, che essi sieno presso a poco eguali di età. Quello di Auxerre, che è in questo numero, li reputa eguali di età, allorchè non vi sieno quindici anni di differenza tra l' uno e l' altro; quello del Nivernese, *cap.* 23, *art.* 27, vuole che la differenza non ecceda dieci anni. Gli altri Statuti non esigono quest' eguaglianza di età.

124. *Sesta specie di varietà.* Nello Statuto di Parigi, le donazioni reciproche sono soggette alla formalità del rilascio come vedremo *infra*. In alcuni il donatario ne è posto in possesso di pieno diritto; quello del Borbonese dice, che egli ne è posto in possesso subito dopo la morte del donante che premuore; negli altri egli lo è dal giorno in cui ha prestato cauzione.

125. *Settima specie di varietà.* Lo Statuto di Parigi, quello di Orleans e la maggior parte degli altri Statuti, che permettono ai conjugi di donarsi reciprocamente l' usufrutto, assoggettano il donatario a prestare una buona ed idonea cauzione; quello del

Grande. Perchè si contenta della sua cauzione per giuramento, allorchè giuri di non esser al caso di prestarne altra; quello di Blois l'obbliga a prestar cauzione soltanto nel caso in cui si rimariti.

126. *Ottava specie di varietà.* Alcuni Statuti, come quello di Brettagna e Château-Neuf, fanno perdere al superstite, che ha figli, la sua donazione reciproca, allorchè si rimarita. Egli però non lo perde negli Statuti, in cui non trovasi una simile disposizione.

Basterà l' aver indicato le principali varietà che riscontransi negli Statuti, riguardo alle donazioni scambievoli fra conjugi, giacchè non ci proponiamo di abbracciare tutti questi Statuti nel nostro trattato. Ci contenteremo di trattare delle donazioni scambievoli fra marito e moglie secondo lo Statuto di Parigi ed altri Statuti simili.

L' articolo 280 dello Statuto di Parigi, che le permette, è concepito in questi termini: « Uomo e donna uniti in matrimonio, essendo in sanità, possono ed è loro lecito il farsi l'un l'altro egualmente una donazione reciproca di tutti i loro beni mobili e conquisti fatti durante e costante il loro matrimonio, e che si troveranno ad essi appartenere, ed esser comuni fra essi all' epoca della morte del primo che cesserà di vivere dei detti conjugi, acciocchè ne goda il superstite durante la sua vita soltanto, prestando una idonea cauzione di restituire i beni dopo la sua morte, purchè non esistano figli, o dei due conjugi o di uno di essi, all'epoca della morte di colui che premuore ». Lo Statuto di Orleans ed un gran numero di altri contengono simili disposizioni a questo proposito.

127. Per trattare ordinatamente di ciò che concerne queste donazioni reciproche, noi esamineremo nel primo capitolo qual sia la loro natura, e quali i caratteri essenziali, che debbono avere per esser valide. Tratteremo nel secondo, delle persone tra le quali possono farsi queste donazioni, e delle cose che possono donarsi. Nel terzo, della loro forma. Nel quarto, delle condizioni da cui dipendono. Nel quinto capitolo, vedremo quando si faccia luogo a tali donazioni; come il donatario ne prenda possesso; ed in che consista il suo diritto d' usufrutto nelle cose che vi sono comprese. Nel sesto, quali ne sieno i pesi. Nel settimo, quando si estingua l'usufrutto del donatario, e della restituzione che si deve fare dopo finito l' usufrutto.

CAPITOLO PRIMO.

Della natura della donazione scambievole, e de' suoi caratteri.

ARTICOLO PRIMO.

Della natura della donazione scambievole.

128. La donazione di cui trattiamo si può definire, un dono tra vivi eguale e scambievole che due conjugi si fanno reciprocamente l'un l' altro, in mancanza di figli dell' uno e dell' altro, ed in caso di sopravvivenza di uno di essi, dell' usufrutto de' beni della comunione, coi pesi stabiliti dagli Statuti.

129. Si può agitar la questione s'essa sia una vera donazione tra vivi, come noi la definiamo, o se sia piuttosto un contratto interessato da ambe le parti, il quale entri nella classe de' contratti aleatorii, ed abbia soltanto il nome di donazione.

Per riguardarla come tale, si dirà che questo contratto non contiene alcun benefizio, nè alcun vantaggio, che un conjuge faccia all' altro, poichè ciascuno di essi riceve altrettanto di ciò che dà. Se, per esempio, il marito, con questo contratto, dà a sua moglie la speranza di ricevere la porzione che egli avrà ne'beni della comunione, in caso ch' ella a lui sopravviva, riceve da essa una eguale speranza di un' egual porzione in caso ch' egli le sia superstite; egli riceve adunque da lei altrettanto di ciò che a lei dà; *et vice versa.*

Questo contratto è simile a quello che interviene fra due giuocatori. La

somma che il vincitore riceve dal perdente in esecuzione del contratto, non è una donazione fattagli dal perdente, poichè egli ne ha pagato il prezzo col rischio che ha corso verso al perdente di dargli una egual somma, se a questo la sorte era favorevole; per la stessa ragione, si dirà, la porzione del premorto ne' beni della comunione, che il superstite riceve, non deve riguardarsi come una donazione fattagli dal premorto, poichè egli ne ha pagato il prezzo col rischio corso verso di lui di dargli altrettanto, se il predefunto fosse stato il superstite. La donazione scambievole dunque non deve riguardarsi come una donazione reciproca, che il marito e la moglie si facciano l' un l' altro, ma come un puro contratto aleatorio, come sono i contratti di giuoco e tutti gli altri di questo genere.

Ad onta di tali ragioni però si deve decidere, che le donazioni reciproche fra marito e moglie, tali quali sono permesse dall' articolo dello Statuto, sono vere donazioni mutue e reciproche, che ciascun conjuge fa all' altro nel caso che uno di essi sopravviva. Tali donazioni non sono per verità, nè sì pure, nè sì perfette come lo sarebbe una donazione pura e semplice, ma non cessano però di essere vere donazioni. La ragione di questa decisione è tratta dal principio, che l'intenzione, che hanno avuta le parti contraenti, è quella che principalmente regola la natura del contratto.

Noi abbiamo già addotti altrove degli esempii di un tale principio. Conformemente a questo principio infatti noi abbiam veduto nel nostro *Trattato del Contratto di Vendita*, n. 643, che quando il comproprietario di una cosa, la vende a colui col quale sino allora l'aveva posseduta *pro indiviso*, sebbene l'atto sia concepito colla forma di un contratto di vendita, nulladimeno deesi riguardare come un semplice atto di scioglimento di comunione, piuttosto che come un contratto di vendita; perchè si presume che la principale intenzione delle parti, ed il principal fine, ch' esse si sono proposto con quest' atto, sia stato quello di sciogliere la loro comunione. Parimenti, secondo lo stesso principio, per decidere se un contratto sia un puro contratto aleatorio, o se comprenda delle donazioni reciproche, che le parti si sieno fatte, bisogna esaminare quale sia stata verisimilmente l' intenzione delle parti contraenti.

Nel contratto di giuoco, è evidente che ciascuno de' giuocatori, facendo questo contratto, non ebbe altra intenzione, e non si è proposto altro fine, che quello di guadagnare la somma giuocata, colla speranza che ciascuno di essi aveva che la sorte sarebbe a lui favorevole. I giuocatori non han fatto il contratto di giuoco per una ragione d'affezione che l'uno avesse per l'altro, nè per la mira di fargli benefizio alcuno; ciascuno di essi si proponeva soltanto il guadagno che sperava dal favor della sorte, e quindi questo contratto non comprende alcuna donazione, ed è un puro contratto aleatorio.

Al contrario, allorchè il marito e la moglie, allorchè due prossimi parenti, allorchè due amici si fanno l'un l'altro una donazione reciproca in caso che l' uno sopravviva all' altro, avvi luogo a presumere che la principale intenzione di ciascuna delle parti contraenti fu quella di far del bene all'altra dopo la sua morte; fu l'affezione reciproca, che nutrivano a vicenda, quella che gl'indusse a questo dono reciproco; il quale perciò, secondo l' intenzione delle parti contraenti, è una donazione che ciascuna di esse ebbe intenzione di fare all' altra, nel caso che questa a lei sopravvivesse. Quindi, sebbene tali donazioni sieno reciproche, sebbene ciascuna delle parti riceva altrettanto di quello che dà, non cessano però di essere vere donazioni, *ad quas se mutuis affectionibus provocaverunt*, poichè hanno per fondamento la beneficenza, che costituisce il principal carattere delle donazioni.

ARTICOLO II.

De' caratteri che deve avere la donazione scambievole nello Statuto di Parigi, e negli altri che contengono una simile disposizione.

130. La donazione reciproca, che lo Statuto di Parigi permette ai conjugi, è una donazione tra vivi che

essi si fanno reciprocamente l' un l'altro. Il suo principale carattere deve dunque essere quello di essere irrevocabile, essendo l' irrevocabilità l'essenziale carattere di tutte le donazioni tra vivi.

Queste donazioni debbono inoltre avere un altro carattere, cioè quello di essere *eguali* ; lo che risulta dal testo dell'*art.* 280 in cui si dice: « Possono , ed è loro lecito il farsi l' un l'altro *egualmente* una donazione reciproca ».

Molti altri Statuti si sono del pari spiegati intorno a queste qualità da essi richieste nelle donazioni reciproche. La ragione si è, che lo Statuto, nell'*art.* 282, proibendo a' conjugi di farsi l' un l' altro vantaggio alcuno, bisogna che colla donazione reciproca, che loro permette, il dono che l'un di essi fa all' altro possa compensarsi interamente con quello che l' altro fa a lui; e quindi bisogna che questi doni, ch'essi reciprocamente si fanno, sieno eguali ; altrimenti colui che dona di più, farebbe un vantaggio reale all'altro di quanto gli dona di più, contro il divieto dello Statuto, che proibisce ogni vantaggio fra conjugi. Per questa ragione deve presumersi che l' eguaglianza sia parimenti richiesta nello Statuto di Orleans e negli altri, che non permettono ai conjugi di avvantaggiarsi, durante il matrimonio, senonchè con donazioni reciproche, e che le restringono ai beni della comunione, sebbene non siensi spiegati su tale proposito con termini formali.

Quest' eguaglianza ne' doni reciproci si considera sotto a due rapporti : 1.° riguardo alla qualità delle cose che i conjugi si donano reciprocamente; 2 ° riguardo alla speranza che ha ciascuno de' conjugi di dover sopravvivere all' altro, e di conseguire il dono a lui fatto.

Questi due caratteri d' irrevocabilità e di eguaglianza, che deve avere la donazione reciproca per esser valida, formeranno la materia di tre paragrafi. Tratteremo nel primo, dell'irrevocabilità della donazione ; nel secondo, dell'eguaglianza delle cose donate ; nel terzo, dell' eguaglianza di speranza richiesta nelle donazioni reciproche.

§ 1. *Della irrevocabilità delle donazioni reciproche.*

131. La donazione reciproca, che i conjugi possono farsi durante il matrimonio, è irrevocabile appena ch'essa è fatta, e non può essere rivocata che col consenso reciproco delle due parti; non è più in facoltà dell' una il rivocarla senza il consenso dell' altra.

Questa irrevocabilità è talmente essenziale alla donazione reciproca, che se con una clausola del contratto le parti si fossero riservata la facoltà di rivocarla, una tal clausola renderebbe la donazione scambievole assolutamente nulla , anche nel caso in cui esse non avessero usato di una tale facoltà.

132. Non solo la clausola stabilita nella donazione reciproca, colla quale le parti o l'una di esse si riservassero espressamente la facoltà di rivocarla, la distrugge; ma generalmente la rendono nulla anche tutte quelle, colle quali le parti o una di esse si riservasse la facoltà di cambiarne o diminuirne l' effetto in qualunque siasi maniera, come distruttive del carattere d' irrevocabilità, che le è essenziale. Per conseguenza, la clausola colla quale le parti o una di esse si riservassero nel contratto di donazione la facoltà di disporre per testamento de' loro mobili ed acquisti, la renderebbe nulla, poichè è evidente che il donante, che ha donato all'altra parte tutti i mobili ed acquisti, ch' ei lascerà al tempo della sua morte, cambia e diminuisce l'effetto di questo dono, disponendo per testamento degli effetti stessi, mentre priva il donatario d' una parte degli effetti che gli avea donati; quindi la clausola, con cui egli si riserva la facoltà di cambiare l'effetto del suo dono, deve, secondo il nostro principio, render nulla la donazione. Lemaitre si è dunque ingannato, allorchè disse, che doveva una tal clausola riguardarsi soltanto come non scritta.

Si opporrà forse che il donante può, come vedremo in appresso, disporre per atto tra vivi de'suoi mobili ed acquisti, senza che sembri con ciò cangiare o diminuire l' effetto del dono reciproco da lui fatto. Ma io rispon-

do che il donante, disponendo per atto tra vivi di alcuno de' suoi mobili ed acquisti, non diminuisce l' effetto del dono reciproco che ha fatto; perchè questo dono comprende soltanto i mobili ed acquisti *che a lui apparterranno al momento della sua morte*; quindi, disponendo con atto tra vivi di uno de' suoi mobili, non dispone di nulla che faccia parte di ciò che ha donato, perchè queste cose, di cui ha disposto con atto tra vivi, non gli apparterranno al momento della sua morte. Egli dunque non intacca in alcun modo la donazione che ha fatta. Ma quando il donante dispone per testamento di alcuno de' suoi mobili ed acquisti, dispone di cose che gli appartengono al momento della sua morte, e per conseguenza di cose comprese nella donazione reciproca da lui fatta: egli dunque diminuisce l'effetto di questo dono. Quindi il riservarci la facoltà di disporre per testamento de'nostri mobili ed acquisti, è un riservarci la facoltà di diminuire l'effetto della donazione reciproca; ed una clausola colla quale le parti, o una di esse, si riservano una tal facoltà, è contraria all' irrevocabilità, essenziale alla donazione reciproca, e la rende assolutamente nulla.

133. Le parti, che si fanno una donazione reciproca, non possono dunque, senza renderla nulla, riservarsi la facoltà indeterminata di testare dei loro mobili ed acquisti; ma se vogliono conservare la facoltà di disporre per testamento, senza ledere la donazione reciproca, possono eccettuare dalla donazione de'loro mobili e conquisti, ch'esse si fanno, quella determinata somma che a loro piace. Con questo mezzo esse possono conservarsi la facoltà di testare sino alla concorrenza di questa somma; e l'aver eccettuata una tal somma dal contratto di donazione reciproca, non impedisce che questo contratto sia valido, poichè non nuoce in alcun modo alla irrevocabilità che essa richiede. Non si può dire infatti che, in questo caso, le parti si riservino la facoltà di estendere o diminuire a loro piacere l' effetto della donazione reciproca, col disporre o non disporre di una tal somma, poichè questa deve sempre rimanere eccettuata dalla donazione, sia che ne abbiano sia che non ne abbiano disposto. Tutto l' effetto di questa clausola consiste nel restringere la loro donazione reciproca, non donandosi esse tutto ciò che lo Statuto permette loro di donarsi; ma chi può il più, può anche il meno; lo Statuto, permettendo ai conjugi di donarsi l' un l' altro la totalità de' loro mobili ed acquisti, permette loro di donarsene soltanto una parte, e d' eccettuarne ciò che a loro piace.

Si osservi che, per esser valida la donazione reciproca, bisogna che ciascuna delle parti abbia eccettuato dalla sua donazione la stessa somma. Se l' una di esse avesse eccettuata una somma maggiore, la donazione sarebbe nulla, poichè non avrebbe il carattere d' eguaglianza, che gli è essenziale al pari di quello d' irrevocabilità, come vedremo nel paragrafo seguente.

134. Se le parti eccettuando una somma eguale per ciascuna di esse dalla loro donazione, avessero aggiunto in una clausola del contratto, che la somma eccettuata rimarrà in essa compresa, nel caso in cui le parti non ne disponessero per testamento, questa clausola renderebbe nulla la donazione reciproca, poichè si sarebbero riservato con essa la facoltà di estendere o di diminuire a loro piacere la donazione, col disporre o non disporre di una tal somma, lo che è contrario al carattere d' irrevocabilità, ch' è loro essenziale, al pari che a tutte le altre donazioni tra vivi.

La donazione reciproca in questo caso è essa nulla soltanto riguardo a questa somma? La ragione di dubitare è, che soltanto riguardo a questa somma essa pecca contro il carattere di irrevocabilità. Nulla di meno bisogna decidere ch' essa è intieramente nulla; poichè, come vedremo nel capitolo seg., *art.* 2, *n.* 166, uno dei caratteri che distinguegli atti sinallagmatici, nel quale numero è la donazione reciproca, dalle disposizioni semplici, è l'essere indivisibili, e il non potere esser validi per parte alcuna di ciò che ne forma l'oggetto, quando non lo sono pel totale.

135. Si osservi, riguardo all' irrevo-

cabilità della donazione reciproca, una differenza tra quella che si fa durante il matrimonio, e quella che si fa nel contratto stesso di matrimonio. Questa ultima non può rivocarsi durante il matrimonio, neppure col consenso di ambe le parti, per una ragione che le è particolare, cioè che quando tale donazione è fatta nel contratto di matrimonio, forma parte delle convenzioni matrimoniali; ora un carattere essenziale di queste convenzioni è, che le parti non possono più derogarvi, nè farvi alcun cangiamento, neppure di comune consenso. Al contrario, la donazione reciproca, che i conjugi si fanno, durante il matrimonio, può, al pari di tutte le altre donazioni fatte tra persone estranee, rivocarsi col comune consenso delle parti, secondo la massima di diritto: *Nihil tam naturale est quam eodem genere quodque dissolvere, quo colligatum est*; *l.* 35, ff. *de R. J.* Ciò viene formalmente deciso dalle ultime parole dell'*art.* 284 dello Statuto di Parigi, che dice: « La detta donazione reciproca non è rivocabile, *fuorchè col consenso dei due conjugi* ».

136. Secondo la regola di diritto testè citata, la rivocazione della donazione reciproca, per esser valida, deve farsi nella stessa forma della donazione reciproca, cioè per atto stipulato avanti notajo, sia a piedi della minuta della donazione stessa, sia con atto, di cui esista parimenti la minuta.

137. Similmente, siccome la donazione reciproca non può farsi validamente durante la malattia d'una delle parti, parimenti la rivocazione non può farsene durante la malattia d'una delle parti.

138. La donazione reciproca essendo soggetta all'insinuazione, vi è parimenti soggetta la sua rivocazione? Richard decide per la negativa; e cita una decisione per convalidare la sua opinione. In ciò la donazione reciproca differisce dalla semplice donazione. Questa essendo eseguita al tempo del contratto, la rivocazione può esserne fatta soltanto con la restituzione della cosa donata, che il donatario, già divenutone proprietario, ne faccia al donante; la quale restituzione è una nuova donazione, soggetta per conseguenza all'insinuazione. Al contrario la donazione reciproca, dovendo ricevere la sua esecuzione soltanto dopo la morte di uno dei conjugi, la rivocazione, ch'essi ne fanno di comune consenso, non è una nuova donazione, ma una semplice cessazione della loro donazione reciproca. Ora, avvi una legge che assoggetta le donazioni all'insinuazione, ma non ve ne ha alcuna che vi assoggetti la cessazione di una donazione. La legge *Nihil tam naturale est* non può esservi applicata, mentre la formalità dell'insinuazione è richiesta soltanto per l'esecuzione della donazione contro agli eredi e creditori del donante; ma non è della essenza della donazione, la quale senza di ciò è perfetta e non può esser rivocata dal donante.

139. L'irrevocabilità richiesta nelle donazioni reciproche, e di cui esse sono suscettibili, è una irrevocabilità molto meno perfetta di quella delle ordinarie donazioni tra vivi.

Con una donazione tra vivi ordinaria si possono donare soltanto i beni presenti; quella che uno facesse dei beni, che ei lascerà al tempo della sua morte, fuori del caso de'contratti di matrimonio, e del caso di donazione reciproca fra marito e moglie, non sarebbe valida, essendo proscritta dallo *art.* 13 dell'Ordinanza del 1731.

Nelle donazioni tra vivi ordinarie non si può neppure addossare al donatario i debiti, che il donante contraesse dopo la donazione; la clausola che addossasse al donatario questi debiti renderebbe nulla la donazione, secondo l'*art.* 16 della detta Ordinanza del 1731. Quindi le donazioni tra vivi ordinarie hanno dal momento della donazione uno stato fisso ed invariabile, che non può ricevere diminuzione alcuna per fatto del donante.

La donazione reciproca al contrario, consistendo nel dono de'beni mobili e coacquisti degl'immobili, che apparterranno al donante al tempo della sua morte, può avere uno stato fisso e determinato soltanto al tempo della morte del donante stesso, il quale, conservando sino a quest'epoca la libertà di disporre e di contrarre dei debi-

ti, può rendere il dono più o meno considerabile, coll'acquistare o collo alienare de' beni, e col contrarre o non contrarre dei debiti.

Tutta l'irrevocabilità, di cui la donazione reciproca è suscettibile, consiste in ciò che, dal momento in cui è fatta, una delle parti non può più rivocarla senza il consenso dell'altra, nè si può diminuirne l'effetto con disposizioni testamentarie.

Sebbene il donante conservi dopo la donazione reciproca la libertà di disporre con atto tra vivi de'suoi mobili e coacquisti, ciò deve intendersi però con moderazione. Quindi se le sue disposizioni apparissero fatte in frode della donazione reciproca, come sarebbero le disposizioni universali, o donazioni considerabili in favore de'parenti, il donatario reciproco avrebbe diritto in questo caso di pretendere l'usufrutto delle cose comprese in questa donazione; purchè però la donazione reciproca fosse stata insinuata, mentre la mancanza d'insinuazione priva le donazioni di ogni effetto in faccia ai terzi.

§ 2. *Dell'eguaglianza richiesta nelle donazioni reciproche riguardo alle cose donate.*

140. Acciocchè la donazione reciproca permessa dagli Statuti fra marito e moglie sia valida, bisogna, come abbiam detto, che vi sia una perfetta eguaglianza nelle cose che ciascuna delle parti dona all'altra. Quindi se una delle parti donasse all'altra qualche cosa di più di ciò che l'altra parte a lei dona, il dono reciproco sarebbe intieramente nullo da ambedue le parti, per difetto di eguaglianza.

Secondo questo principio, se il marito nel suo contratto di matrimonio avesse donato a sua moglie la sua metà de' mobili e coacquisti, sia in proprietà sia in usufrutto, senza che sua moglie gli avesse fatto lo stesso vantaggio, *aut viceversa*, nella donazione reciproca, che i conjugi stessi facessero, durante il loro matrimonio, la moglie potrebbe donare a suo marito soltanto l'usufrutto della sua porzione di mobili e coacquisti; poichè, qualora ella gliene donasse una porzione maggiore, gli donerebbe più di ciò che suo marito può donare a lei colla donazione reciproca, mentre, avendole già donato, nel contratto di matrimonio, la sua metà della porzione di mobili e coacquisti, gli resta soltanto a poterle donare, colla donazione reciproca, l'usufrutto della stessa porzione.

A maggior ragione, allorchè il marito ha donato, nel contratto di matrimonio, tutti i suoi mobili e coacquisti a sua moglie tanto in proprietà quanto in usufrutto, *aut vice versa*, i conjugi non possono più farsi alcun dono scambievole durante il loro matrimonio, non restando più cosa alcuna al marito da donare alla moglie.

141. Secondo lo stesso principio, quando, in conseguenza del contratto di matrimonio, i conjugi hanno porzioni ineguali ne'beni della comunione, *puta*, se siasi stabilito che la moglie entrerà nella comunione soltanto per un terzo, in questo caso se i conjugi fanno, durante il matrimonio, una donazione reciproca al superstite di essi, di tutti i beni della comunione che apparterranno al premorto in tempo della sua morte, questa donazione è nulla per difetto di eguaglianza. Acciocchè questa donazione sia valida, bisogna che il marito, che ha per sua porzione i due terzi de'beni della comunione, doni a sua moglie soltanto la metà di questa porzione, cioè il terzo del totale de'beni della comunione, poichè sua moglie non ha che un terzo de' beni stessi da donare a lui.

142. Gli eredi di uno de' conjugi, *puta*, della moglie, sarebbero essi ammissibili ad impugnare, per difetto di eguaglianza, la donazione reciproca da lei fatta al marito, sostenendo che se il marito fosse premorto, la moglie non avrebbe potuto profittare della donazione reciproca, che le ha fatto il marito della sua parte nella comunione, la quale sarebbe stata assorbita, o almeno considerabilmente diminuita dai debiti del marito, che non ha beni proprj, co'quali possano esser pagati tali debiti? Gli eredi della moglie offrendo di provar questi fatti, potrebbero dire, che il marito non avendo potuto donar con effetto la sua

porzione di beni della comunione a sua moglie, ella non ha potuto donargli validamente la sua, perchè la eguaglianza richiesta dallo Statuto nelle donazioni reciproche, non permette ad un conjuge di donare all'altro la sua parte, se questi non possa donargli con effetto la sua. Io non credo che gli eredi della moglie sieno ammissibili ad impugnare su tal fondamento la donazione reciproca fatta a suo marito, poichè i fatti, su cui fondasi una tale domanda, e per la pruova de'quali bisognerebbe entrare nell'esame degli affari secreti del marito, non sono fatti di cui sia ammissibile la pruova. L'ordine della civile società non permette che il marito possa esser obbligato a scoprire agli eredi di sua moglie i secreti de' suoi affari.

§ 3. *Dell'eguaglianza di speranza richiesta nella donazione reciproca.*

143. L' eguaglianza richiesta nella donazione reciproca non consiste soltanto nelle cose donate da una parte e dall' altra; ma bisogna anche che ciascuno de' conjugi, facendo la donazione eguale, abbia potuto aver speranza di sopravvivere all' altro e di conseguire il dono reciproco, che l'altro gli faceva.

Gli Statuti hanno disposizioni diverse intorno a quest' eguaglianza di speranza. Ve ne sono alcuni che esigono un' eguaglianza, o quasi eguaglianza di probabilità nella speranza che ciascuno de' conjugi deve avere di conseguire il dono reciproco fattogli dall'altro; e tale è lo spirito degli Statuti, che non permettono le donazioni reciproche fra conjugi, se non quando *sono eguali o quasi eguali di età*, come è quello di Auxerre, *artic.* 222, e di Bar, *art.* 163. Questi Statuti non permettendo le donazioni reciproche quando avvi sproporzione di età, si fondano soltanto sul riflesso che manca in questo caso la eguaglianza di probabilità di speranza; poichè, sebbene il conjuge vecchio possa aver qualche speranza di sopravvivere al giovine, accadendo qualche volta che i giovani muojono prima de'vecchi, nulla di meno la speranza, che il giovine ha di sopravvivere al vecchio, ha una probabilità maggiore di quella che ha il vecchio di sopravvivere al giovine; ed un tale difetto d'eguaglianza nella probabilità della speranza, che ciascuno deve avere, di sopravvivere e di conseguire la donazione reciproca, impedisce in questi Statuti il dono reciproco fra conjugi, allorchè avvi fra loro una considerabile sproporzione di età.

Lo Statuto di Parigi e gli altri che non si sono spiegati su tale proposito, non esigono quest'eguaglianza di probabilità. Basta in questi Statuti, per l'eguaglianza di speranza delle donazioni scambievoli, che ciascun nel farla abbia potuto avere qualche speranza di sopravvivere all'altro, sebbene la speranza di uno avesse una probabilità maggiore di quella dell'altro.

CAPITOLO II.

Fra quali persone possa farsi la donazione scambievole permessa dagli Statuti fra marito e moglie, e quali cose possano esse donarsi.

ARTICOLO PRIMO.

Fra quali persone possa farsi questa donazione scambievole.

144. Lo Statuto nell'articolo citato dice: *Uomo e donna uniti in matrimonio*. Gli Statuti con queste parole, *uniti in matrimonio*, intendono un vero matrimonio che abbia gli effetti civili. Le persone dunque, che possono farsi una donazione scambievole, debbono in primo luogo esser unite con un matrimonio legittimo, che abbia gli effetti civili; quindi, se un uomo ed una donna si sono fatti una donazione reciproca, ed in seguito il loro matrimonio viene dichiarato nullo, tale donazione sarà parimenti nulla.

Ricard fa quest'obbiezione: Quando il matrimonio di coloro, che si sono fatta una donazione reciproca, è dichiarato nullo, ciò non deve rendere

nulla la donazione; poichè queste persone, dopo la sentenza che dichiara nullo il loro matrimonio, riputandosi essere state sempre persone estranee l' una all' altra, la donazione scambievole fatta fra esse deve esser maggiormente valida, essendo molto più permesse le donazioni fra persone estranee, che fra marito e moglie.

Ma lo stesso Ricard risponde a questa obbiezione, dicendo che si deve considerare nella donazione reciproca, che queste persone si sono fatte, la loro intenzione, la quale non fu di farsi la donazione come persone estranee, ma in considerazione del matrimonio da cui si credevano unite. La considerazione di questo matrimonio fu il principio, il fondamento e la causa del loro dono reciproco; e questo principio, questo fondamento, e questa causa non potendo sussistere perchè fu dichiarato nullo il matrimonio, non può sussistere parimenti la donazione: *Cessante causa, cessat effectus.*

Oggi però non avvi più luogo a questa obbiezione che Ricard si era proposta, e vi ha una ragione semplicissima per dichiarar nullo il dono reciproco fattosi da un uomo e da una donna, il cui matrimonio venne in seguito dichiarato nullo. Secondo l' Ordinanza del 1731, le donazioni tra vivi de'beni che avrà il donante in tempo della sua morte, sono dichiarate nulle, fuorchè ne'contratti di matrimonio, e nel caso di donazioni reciproche fra marito e moglie; quindi la donazione scambievole, fattasi da queste persone, de'mobili e conquisti, che loro apparterranno all'epoca della loro morte, non essendo nel caso dell'eccezione fatta a favore delle donazioni reciproche tra marito e moglie, poichè essendo stato dichiarato nullo il loro matrimonio, essi non sono marito e moglie, questa donazione trovasi compresa nella regola generale stabilita dall'Ordinanza, che dichiara nulla questa specie di donazione.

145. Una donna, dietro validi certificati della morte di suo marito, che credevasi ucciso in una battaglia, si è rimaritata con un altro, al quale ha in seguito fatta una donazione reciproca. Dopo la morte di questo secondo marito, il primo, che credevasi ucciso, ricomparisce, e fa dichiarare nullo il secondo matrimonio. Gli eredi del secondo marito possono impugnare come nulla la donazione reciproca fatta alla donna, sul fondamento che, essendo stato dichiarato nullo il matrimonio, non può aver la qualità di donazione reciproca fra marito e moglie, qualità che sola potea renderlo valido? No, poichè è principio da noi stabilito nel nostro *Trattato del Matrimonio*, n. 438, che quando due persone hanno contratto in buona fede un matrimonio nullo, la loro buona fede dà a questo matrimonio nullo tutti gli effetti civili di un vero matrimonio, e per conseguenza ai conjugi la facoltà di farsi la donazione reciproca permessa dagli Statuti fra marito e moglie; la quale facoltà è appunto uno degli effetti civili del matrimonio.

146. Le persone fra le quali può aver luogo la donazione reciproca, permessa fra marito e moglie dallo Statuto di Parigi e dagli altri simili, debbono in secondo luogo essere in comunione di beni; lo che risulta dalle seguenti parole dell' *art.* 280 surriferito: « Uomo e donna ..... possono, ed è loro lecito il farsi l'un l'altro egualmente una donazione reciproca di tutti i loro beni mobili e conquisti fatti durante il loro matrimonio, e che si troveranno ad essi appartenere ed esser COMUNI fra essi all' epoca della morte del primo dei detti conjugi che cesserà di vivere ».

Da queste parole dello Statuto è evidente, che que'conjugi, a'quali permette di farsi un dono reciproco, debbono essere in comunione di beni. Questo diritto è un effetto della comunione, accordato loro dallo Statuto in considerazione della comunione stessa come una ricompensa della loro comune industria in tutto il tempo ch' è durato il matrimonio.

Quindi, allorchè nel contratto di matrimonio di due conjugi venne stabilita la separazione di beni, o anche una semplice esclusione della comunione, o anche quando la comunione stabilita da prima fra essi, venne disciolta da una sentenza di separazione di beni, senza che i conjugi l'ab-

biano ristabilita; non può esservi in tutti questi casi luogo a donazioni reciproche fra conjugi.

147. Allorchè avvi una clausola nel contratto di matrimonio, che la moglie o i suoi eredi avranno una certa somma, per ogni loro diritto nella comunione, *puta*, dieci mila lire, i conjugi posson farsi una donazione reciproca? No. Infatti, oltre alla ragione che si usa di allegare, tratta dalla ineguaglianza che vi sarebbe in questo dono reciproco, poichè i mobili e coacquisti, che il marito donerebbe a sua moglie, potrebbero essere di un valor maggiore o minore di quello delle dieci mila lire donategli dalla moglie, avvi un' altra ragione decisiva, che non permette le donazioni reciproche in questo caso. Lo Statuto permette ai conjugi di disporre, per donazioni reciproche, di certe specie di beni soltanto, cioè de' mobili e coacquisti che apparterranno al donante al momento della sua morte, e che saranno *comuni* fra essi conjugi. I conjugi possono dunque donarsi scambievolmente soltanto i beni di questa specie. Ora, mediante la clausola del contratto di matrimonio, la moglie, che premuore, non lascia bene alcuno di questa specie; non lascia mobile nè coacquisto alcuno a lei comune con suo marito, ma soltanto un credito di dieci mila lire, che non essendo cosa a lei comune con suo marito, non è suscettibile del dono reciproco, che gli Statuti permettono ai conjugi. La moglie dunque, non avendo beni della specie richiesta, non può esservi donazione reciproca.

148. Devesi decidere lo stesso, allorchè si fosse stabilito, che gli eredi di colui che premuore, sia il marito sia la moglie, avranno una certa somma soltanto per ogni loro diritto sulla comunione. Non può esservi in questo caso donazione reciproca fra i conjugi; poichè se riguardo a ciò non milita la ragione tratta dall' ineguaglianza, quella da noi riferita, e che è tratta dalla natura delle cose che lo Statuto permette di donare, milita egualmente in questo caso come nel precedente.

149. Se due conjugi, separati di beni in conseguenza del loro contratto di matrimonio, avessero, durante il matrimonio, acquistato uno stabile in comune, potrebbero donarsi l' un l' altro, per donazione reciproca, la metà di questo stabile, che a ciascuno di essi appartiene? No. La comunione di questo stabile non è che la comunione di una cosa particolare; ed i conjugi, sebbene abbiano fatto qualche acquisto in comune, non sono però in comunione di beni; anzi non sarebbe neppur loro permesso di stabilire una tal comunione, avendo convenuto nel loro contratto di matrimonio, che non ve ne debba essere. Ora soltanto ai conjugi, che sono in comunione di beni, lo Statuto di Parigi e gli altri simili permettono le donazioni reciproche, come abbiamo veduto, *supra*.

150. Lo Statuto di Parigi esige, in terzo luogo, che que' conjugi, i quali si fanno il dono reciproco, sieno in sanità nel momento che lo fanno. Lo *art.* 280 dice: « Uomo e donna uniti in matrimonio *essendo in sanità* ».

Ma come debbono intendersi queste parole *essendo in sanità*? Debbono intendersi che i conjugi non sieno soggetti a qualunque malattia, per quanto leggiera esser possa? o debbono intendersi nel senso, che il dono reciproco non possa validamente esser fatto durante una malattia pericolosa di uno de' conjugi, della quale egli è morto, o si credea che morisse? o finalmente debbono intendersi soltanto nel senso, che il dono reciproco non possa esser fatto durante l' ultima malattia, della quale uno de' conjugi è morto?

Il primo senso non si può ammettere; e non avvi difficoltà alcuna nel ritenere, che le parole *essendo in sanità*, impiegate dagli Statuti, non debbano intendersi nel senso che richieda l' esenzione da qualunque malattia, per quanto leggiera esser possa; quindi una donazione reciproca fra conjugi è valida senza dubbio, sebbene l' uno di essi avesse qualche leggiera indisposizione, come, per esempio, una piccola febbre, ed anche qualora il contratto fosse stato stipulato durante lo accesso di essa: ciò deve aver luogo eziandio negli Statuti più rigorosi che esigono l' eguaglianza di speranza che

ha ciascuno de' conjugi di sopravvivere all' altro, e di conseguire il dono a lui fatto; perchè una leggiera malattia, da cui si conta di guarire, non diminuisce questa speranza.

Avvi una maggiore difficoltà nel determinare se debbasi seguire il secondo o il terzo senso. Lemaitre intende le parole dello Statuto di Parigi, *essendo in sanità*, nel terzo senso; egli crede che sieno relative all' *artic.* 217, il quale stabilisce, che le donazioni fatte durante la malattia, che porta a morte il donante, si reputano fatte a causa di morte e non tra vivi; e che lo Statuto colle parole, *essendo in sanità*, non voglia dir altro, se non che la donazione scambievole, che esso permette, essendo una donazione tra vivi, debbano i conjugi *essere in sanità* allorchè si fanno una tale donazione; cioè che nessuno di essi debba essere ammalato di quella malattia che lo porta a morte, perchè in tale caso non sarebbe più capace di fare una donazione tra vivi. Quindi questo autore decide, che la donazione reciproca fatta durante la malattia di uno de' conjugi, per quanto questa pericolosa esser possa, è valida allorchè il conjuge non è morto per una tal malattia; cosicchè egli opina che dopo ritornato in sanità non possa rivocarla.

A favore di questa opinione, si pretende trarre argomento dal riflettere, che le parole *essendo in sanità*, sono intese in questo terzo senso dagli Statuti di Montfort, di Laon, di Châlons, e del Grand-Perche. Quello di Montfort, *art.* 48, dice (1): *Homme et femme étans en pleine santé, quoique ce soit, n'étant malades de maladie dont ils seraient décédés, peuvent etc.* Quello di Laon, *tit.* 5, *art* 47, dice: *Homme et femme conjoints par mariage, sains de corps et d'entendement, quoique ce soit, non malades de maladie dont ils seraient décédés, peuvent faire donation mutuelle, etc.* Quello del Grand-Perche, *art.* 94, dice parimenti; *Étans en santé, ou n' étans malades de maladies dont ils seraient depuis décédés.* Lo Statuto di Châlons s' esprime colle stesse parole.

Quest' opinione di Lemaitre mi sembra contraria al testo dello Statuto. Le parole *essendo in sanità*, usate dallo Statuto, possono bensì non intendersi in un senso rigoroso, come richiedenti un' esenzione da qualunque malattia, per quanto leggiera esser possa; e si può dire, che i conjugi sieno in sanità nel senso inteso dallo Statuto, ancorchè l' uno di essi avesse qualche indisposizione, qualora questa non fosse una malattia, che lo mettesse in pericolo di morte; ma non si può dire, senza rovesciare ogni giusta idea delle cose, che due conjugi *sieno in sanità* allorchè hanno fatta la loro donazione reciproca, se uno di essi trovasi in quel punto aggravato da una malattia, di cui è verosimile che debba morire, ancorchè in seguito siasi risanato, nulla essendovi di così opposto e di sì contraddittorio alla parola *sanità*, quanto una tale malattia.

I testi degli Statuti di Monfort, Laon, Châlons e del Grand Perche, qui sopra citati, non provano in alcun modo che le parole *essendo in sanità*, significhino che i conjugi non debbano essere aggravati da quelle malattie di cui son morti.

Lo Statuto di Monfort dice bensì, *étans en pleine santé, quoique ce soit, n' étans malades de maladie dont ils seraient décédés*; ma queste parole, *quoique ce soit, n' étans malades, etc.*, non sono spiegative delle precedenti, *étans en pleine santé*, e la parola, *quoique ce soit*, non è qui presa per *id est*, o *cioè*; le parole *quoique ce soit, n' étans malades*, sono piuttosto una correzione di quelle *en pleine santé* che le precedono.

Il senso di questo testo è il seguente: marito e moglie, specialmente quando sono in piena sanità, ma anche quando fossero ammalati, purchè non sieno ammalati della malattia, di cui in seguito sono morti, possono ec.

Lo stesso deve dirsi degli Statuti di Laon e di Châlons. Quindi si ammetta pure che in questi Statuti la donazione reciproca sia valida ancorchè nel momento, in cui fu fatta, uno dei

(1) Vertendo qui la questione sul senso preciso della parola *quoique ce soit* usata in quest' articolo, come si vedrà più sotto, si è dovuto lasciar l' articolo in francese, per renderlo intelligibile ai lettori. *Edit.*

conjugi fosse aggravato de una malattia, che credevasi mortale qualora in seguito siasi ristabilito in salute. Ma nello Statuto di Parigi, che non ha corretto in alcun modo le parole, *essendo in sanità*, e che per conseguenza richiede assolutamente, per la validità della donazione reciproca, la sanità de' conjugi nel momento in cui viene fatta; io credo che non possa essere valida se l' uno de' conjugi trovavasi allora aggravato da una malattia pericolosa, della quale credevasi che dovesse morire, sebbene in seguito siasi ristabilito in salute, poichè non si può dire in alcun modo che una persona aggravata da una tal malattia trovavasi in sanità.

Per queste ragioni Duplessis crede che colle parole, *essendo in sanità*, lo Statuto in quest' *art.* 280 richieda di più per la validità delle donazioni reciproche, di ciò che ha richiesto per la validità della donazione semplice nello *art.* 277. Quest'articolo ricusa la qualità di donazioni fra vivi alla donazione semplice, nel caso soltanto in cui sia fatta durante l' ultima malattia del donante: ma l' *art.* 280 colle parole *essendo in sanità*, permette la donazione reciproca ai conjugi allora soltanto che trovansi ambedue in sanità, e quindi la proibisce loro quando un di essi trovisi aggravato da una malattia pericolosa. Quindi la donazione reciproca fatta durante una tal malattia, essendo fatta in un tempo in cui era interdetta ai conjugi la facoltà di farla, è nulla, ancorchè in seguito l' ammalato siasi rimesso in salute.

Io convengo pienamente con Duplessis su questo punto; ma riguardo a ciò ch' egli aggiunge, cioè che, sebbene la donazione reciproca sia nulla in questo caso, pure, qualora non sia rivocata dopo la convalescenza, diviene valida *velut ex novo tacito consensu*, io non potrei senza difficoltà essere della sua opinione. Questa donazione essendo stata fatta in un tempo, in cui era interdetta ai conjugi la facoltà di farla, è assolutamente nulla, come lo riconosce lo stesso Duplessis; ora ciò ch' è nullo non è suscettibile di conferma. Le parti quindi debbono farne un altra nel modo richiesto per la validità delle donazioni reciproche, *infra*, *cap.* 3, cioè stipulando un nuovo atto avanti notajo.

Anche Ricard è di opinione, che la donazione reciproca, fatta durante la malattia di uno de' conjugi, diventi valida, qualora non sia rivocata dopo la convalescenza di questo conjuge stesso; egli si fonda sulla opinione, che la nullità della donazione reciproca non sia in questo caso una nullità assoluta, ma appoggiata soltanto sulla presunzione che la donazione reciproca sia stata fatta *contemplatione mortis*, la quale presunzione è distrutta dalla mancanza di rivocazione, dalla perseveranza del consenso dopo la convalescenza: io però credo che tale donazione essendo stata fatta in un tempo, in cui la legge non permetteva di farla, sia assolutamente nulla.

Lo Statuto di Reims, *art.* 234, è pure nel numero di quelli, che non permettono la donazione reciproca durante una grave malattia di uno de' conjugi, ancorchè in seguito siasi ristabilito in salute. Ecco come s' esprime: *Marito e moglie essendo in sanità, o piuttosto non essendo ammalati di malattia di cui debbano* VEROSIMILMENTE *morire*, *possono*, *ec.* Questo Statuto non dice come quello di Laon, *di cui fossero morti*, ma soltanto, *di cui debbono verosimilmente morire*, e con questa espressione c' indica, che non solo la malattia, di cui uno de' conjugi è morto, ma anche quella di cui era verosimile che morisse, sebbene in seguito siasi ristabilito, è incompatibile colla donazione reciproca.

151. Cosa si deve decidere negli Statuti, che non si sono spiegati sullo stato di sanità necessario ne' conjugi per la validità della donazione reciproca, nel qual numero trovasi il nostro Statuto di Orleans? Io credo che in questi Statuti, per la validità della donazione reciproca non si debba esigere di più di quanto essi richiedono, e che quindi basti che non sia stata fatta durante l' ultima malattia di uno de' conjugi, della quale fosse morto.

152. Bisogna eccettuare da questa decisione gli Statuti, che richiedono ne' conjugi l' eguaglianza o quasi eguaglianza di età, acciocchè possano

farsi una donazione scambievole. In questi Statuti, sebbene non si sieno spiegati intorno allo stato di sanità necessario fra i conjugi, è evidente che la donazione reciproca, che due conjugi si facessero mentre uno di essi trovasi aggravato da una malattia pericolosa, non sarebbe valida, ancorchè in seguito ajasi ristabilito in salute; perchè lo spirito di questi Statuti esige, per la validità delle donazioni reciproche fra conjugi, una eguaglianza di probabilità di speranza in ciascuno di essi di poter sopravvivere all' altro; la quale eguaglianza di probabilità riscontrasi ancor meno fra due conjugi, l' uno de' quali è sano, e l' altro in pericolo di morte, che non riscontrasi fra due conjugi di sproporzionata età fra loro.

153. Negli Statuti che non richiedono una rigorosa eguaglianza di speranza, ma soltanto che la donazione reciproca non sia fatta durante l' ultima malattia di uno de' conjugi, cosa deve dirsi di quelle malattie, le quali, sebbene mortali sin dal loro principio, conducono però spesse volte lo ammalato alla morte soltanto dopo un lungo numero di anni? La donazione reciproca fatta durante una tale malattia devesi riputar sempre nulla, o solamente allorchè è fatta negli ultimi periodi della malattia stessa, e mentre l' ammalato è vicino a morte? Gli Statuti del Berry e del Borbonese hanno deciso, che solamente in quest' ultimo caso la malattia rende nulla la donazione reciproca, ed hanno determinato quando la malattia debba riputarsi negli ultimi suoi periodi, decidendo che la donazione è nulla quando il conjuge è morto per questa malattia entro i quaranta giorni susseguenti la donazione stessa. Gli altri Statuti, non essendosi spiegati su tale proposito, han creduto dover lasciare all' arbitrio del giudice il determinare se la malattia dovesse o no riputarsi negli ultimi suoi periodi al momento della donazione; ma avvi luogo a credere, che nel solo caso in cui la malattia sia negli ultimi suoi periodi abbiano voluto che sia di ostacolo alla donazione reciproca. La ragione si è, che quando queste malattie non sono negli ultimi loro periodi, il conjuge ammalato può avere ancora qualche speranza di sopravvivere all' altro, e di conseguire il dono a lui fatto; lo che basta in questi Statuti per la validità della donazione reciproca.

Si deve decidere altrimenti in quegli Statuti che prescrivono, per la validità della donazione reciproca, una eguaglianza di probabilità di speranza in ciascuno de' conjugi di sopravvivere all' altro, e che proibiscono per conseguenza le donazioni scambievoli fra conjugi di età sproporzionate; poichè quest' eguaglianza riscontrasi meno fra due conjugi l' uno de' quali sia tisico e l' altro sano e di buon temperamento, di quello che riscontrasi fra due conjugi, l' uno de' quali sia molto più dell' altro avanzato in età. Quindi io credo che in questi Statuti la malattia mortale, di cui uno de' conjugi trovasi affetto al momento della donazione reciproca, sebbene sia ancora ne' suoi principj e non abbia ancora condotto l' ammalato presso a morte, sia un ostacolo alla donazione stessa, ma se ambedue i conjugi fossero affetti da malattie, non essendovi in questo caso ineguaglianza di probabilità di speranza, la scambievole donazione sarebbe valida, purchè non fosse stata fatta mentre erano negli ultimi periodi della loro vita.

154. Se al momento della donazione reciproca la moglie era incinta, e pochissimo tempo dopo le fosse sopravvenuto qualche accidente, cagionato dalla sua gravidanza, che l' avesse condotta al sepolcro, la donazione reciproca non cesserebbe di esser valida neppure negli Statuti, che richiedono una rigorosa eguaglianza, poichè la gravidanza di una donna, sinchè non le sopravviene accidente alcuno, è uno stato naturale della donna, e non una malattia.

155. Alcuni Statuti richiedono, in quarto luogo, che i conjugi, a cui permettono le donazioni reciproche, durante il matrimonio, sieno eguali o quasi eguali di età, come abbiam veduto *supra*.

Si agitò la questione se negli Statuti, che non si sono spiegati intorno all'età, la grande ineguaglianza sia un ostacolo alle donazioni reciproche. Ricard sostiene l' affermativa, e pretende, che

sebbene gli Statuti non si sieno spiegati, ciò devesi sottintendere, essendo l' eguaglianza della essenza delle donazioni scambievoli.

Quest' opinione di Ricard però non è seguita; e noi vediamo ogni giorno dei conjugi di sproporzionatissima età farsi l' un l' altro delle donazioni reciproche permesse dagli Statuti. Non si deve in fatti richiedere, per la validità di queste donazioni, più di ciò che hanno richiesto gli Statuti; e perciò non si può richiedere l' eguaglianza di età, quando gli Statuti non ne hanno detto neppure una parola. In quanto all'opposizione di Ricard, che gli Statuti non avean bisogno di parlarne, essendo l'eguaglianza della essenza delle donazioni reciproche, si risponde, che l'eguaglianza essenziale a tali donazioni si considera principalmente nelle cose donate da una parte e dall' altra; e che riguardo all' eguaglianza di speranza, come abbiam già osservato, basta che ciascuno de' conjugi possa, allorchè fa la donazione, sperare di sopravvivere all'altro, e di conseguire la donazione che gli è fatta; lo che riscontrasi benchè i conjugi sieno di età ineguale, poichè succedendo non di rado, che i giovani muojano prima de' vecchi, il conjuge più avanzato in età può sperare di sopravvivere al più giovane.

156. La maggior parte degli Statuti richiedono, in quinto luogo, che ambedue i conjugi, che si fanno donazione scambievolmente, non abbiano figli, esprimendosi per lo più colle parole seguenti: *Uomo e donna uniti in matrimonio, non avendo figli, possono ec.*

Questi Statuti non ispiegano precisamente, se è d'uopo che i conjugi non abbiano figli al momento in cui si fanno la donazione reciproca, o se basti che non ne abbiano al momento della morte di colui che muore, e che dà luogo alla donazione. L' antico Statuto di Parigi era di questo numero, giacchè l' articolo 155 stabiliva semplicemente, che un uomo ed una donna uniti in matrimonio, poteano farsi una donazione scambievole *purchè non esistessero figli*.

L'antico Statuto di Parigi aveva dato luogo alla questione, se in esso, e nella maggior parte degli Statuti, che richiedono per le donazioni scambievoli che ambedue i conjugi non abbiano figli, bastasse che non ne avessero al momento della morte di quello fra essi che premuore. Molineo, sull'articolo 155 dell'antico Statuto, era stato di opinione che ciò bastasse, fondandosi sulla ragione che la disposizione degli Statuti, che richiedono per le donazioni reciproche che ambedue i conjugi non abbiano figli, è unicamente appoggiata sul favore de' figli. Il fine propostosi da questi Statuti è intieramente adempiuto quando non vi son figli alla epoca, in cui la donazione scambievole riceve la sua esecuzione, ed è indifferente che ne esistessero o no alla epoca del contratto. Questa spiegazione di Molineo venne adottata nella riforma dello Statuto; ed in conseguenza dopo le parole, *purchè non esistano figli*, si sono aggiunte le seguenti: *sia dei due conjugi, sia di uno di essi, alla epoca della morte di quello che premuore*. Questa spiegazione essendosi stabilita sulla giurisprudenza, che avea luogo allora, avvi luogo di estenderla agli altri Statuti, che per le donazioni reciproche richiedono che ambedue i conjugi non abbiano figli.

157. Si è altre volte agitata la questione, se i conjugi minori poteano farsi una donazione reciproca permessa dallo Statuto di Parigi e dagli altri simili. La ragione di dubitare si è, che le leggi non permettono ai minori di alienare i loro immobili, e neppure di alienare l' usufrutto: *Si proprietatem habet pupillus, non potest usumfructum vel usum alienare*; *l.* 3, § 5, *ff. de reb. eorum qui sub tut. etc.* Nulladimeno prevalse l' opinione di coloro che ritenevano capaci di queste donazioni i conjugi minori. Tale era il parere di Molineo: *Quia*, dic' egli, *est negotium utrique utile, non continens alienationem, sed meliorem conditionem*. Le leggi che proibiscono ai minori di alienare i loro immobili, anche in quanto all'usufrutto, lo proibiscono soltanto pel timore che ciò sia loro cagione di qualche svantaggio; esse debbono quindi cessare nel caso delle donazioni reciproche, le quali ben lungi dal recare loro pregiudizio alcuno, son fatte anzi pel vantaggio reciproco de' conjugi. Ricard riporta varie decisioni che, conformemente all' opinione di Molineo, hanno giudicato che i conjugi, anche

minori, possono farsi tali donazioni, e ciò non è più soggetto a dubbio.

158. Un marito ed una moglie possono farsi una donazione reciproca, allorchè il marito è interdetto per causa di prodigalità? Si può dire per l'affermativa, che l' interdizione essendo fatta soltanto in favore dell' interdetto, gli toglie la facoltà di fare que' contratti soltanto, che possono recargli pregiudizio, e non quelli, che sono a lui vantaggiosi, ragione per cui l' interdetto può accettare una donazione che a lui venisse fatta. Per la stessa ragione la donazione reciproca riputandosi fatta pel comune vantaggio de' conjugi, l' interdetto deve esserne capace; tale è l' opinione di Duplessis.

159. Si è pure domandato, se due conjugi stranieri, domiciliati in Francia ma non naturalizzati, possano farsi una donazione reciproca. Io credo che lo possano. Essi per verità non possono far testamento, esercitare il diritto di retratto, nè fare altri atti appartenenti al diritto civile, e che il diritto civile ha stabilito soltanto pe' cittadini; ma la donazione scambievole appartiene al diritto delle genti; gli stranieri al pari de' cittadini, non possono fare i contratti di diritto delle genti, che sono proibiti dalle leggi civili, che regolano i loro beni, ma possono fare quelli che queste leggi permettono.

ARTICOLO II.

Delle cose che i conjugi possono donarsi con le donazioni scambievoli.

160. Lo Statuto di Parigi nell' *artic.* 280 permette ai conjugi di farsi una donazione reciproca *di tutti i loro beni mobili e coacquisti fatti durante e costante il loro matrimonio, e che si troveranno ad essi appartenere, ed esser comuni fra essi all' epoca della morte del predefunto dei detti conjugi, acciocchè ne goda il superstite durante la sua vita*. Lo Statuto di Orleans ed un gran numero di altri Statuti contengono una simile disposizione.

Le parole *esser comuni* si riferiscono a tutta la frase. I conjugi possono donarsi scambievolmente soltanto i beni mobili della comunione, per quella parte che loro appartiene; i beni mobili che loro sono proprj, come per il mobiliare, che hanno escluso dalla comunione, non entrano nella donazione reciproca; quindi allorchè vi ha una donazione reciproca, gli eredi del conjuge premorto non lasciano di prelevarli sulla massa dei beni della comunione, ed il superstite donatario gode della sola parte del premorto in ciò che resta nella detta massa, dopo che si sono esercitati i rispettivi diritti di ricupera.

161. Le parole, *coacquisti fatti durante e costante il matrimonio*, sono state usate per escludere dalle donazioni reciproche gli acquisti fatti prima del matrimonio, che sono proprj della comunione, e non per restringere la donazione reciproca ai soli acquisti reali. Infatti non avvi dubbio in pratica che gli stabili che i conjugi hanno posto in comunione con una clausola che li dichiara beni mobili, entrano nella donazione reciproca al pari degli altri beni della comunione.

162. Un uomo ha tolto dalla comunione una somma di dieci mila lire per pagare i suoi debiti proprj o per qualche altro affare, per cui è in dovere di compensarne la comunione. In seguito egli e sua moglie si fanno una donazione scambievole. Se egli sopravvive, il credito di cinque mila lire appartenente alla moglie, per la sua parte in quello di dieci mila, che la comunione ha contro di lui, entra nella donazione reciproca, che sua moglie gli ha fatto della sua parte ne' beni della comunione, che ad essa apparterranno nel giorno della sua morte; egli dunque, nella sua qualità di donatario reciproco, ha diritto di godere, durante la sua vita, di questo credito di cinque mila lire, che gli eredi di sua moglie hanno verso di lui, i quali non possono esigerlo che dopo l' estinzione dell'usufrutto; ma se premuore il marito debitore del compenso la moglie donataria potrà essa pretendere, che la somma di cinque mila lire appartenente a suo marito nel credito di dieci mila lire, che la comunione avea verso di lui, e di cui egli ha fatto confusione in se stesso essendone debitore, sia entrato nella donazione reciproca a lei fatta da suo marito, e domandare per conseguenza

che gli eredi di lui le paghino dieci mila lire, cioè, cinque mila per la parte che le appartiene in nome proprio nel credito che la comunione avea contro di suo marito, ed altre cinque mila per la parte che suo marito avea nello stesso credito, e di cui ha fatto confusione in se stesso, acciocchè ne possa ella godere l' usufrutto, essendo entrate nella donazione reciproca a lei fatta da suo marito, qualora essi eredi non preferiscano di pagarle gli interessi di questa somma durante la sua vita?

Per la negativa si dice, che nello stesso tempo, che la comunione è divenuta creditrice del marito della somma di dieci mila lire, ch' egli ne ha ricevute, si è fatta confusione ed estinzione della parte, ch' egli avea in questo credito, non potendo alcuno, *per rerum naturam*, esser creditore di se stesso, la porzione del marito nel credito che la comunione avea contro di lui essendo dunque stata estinta colla confusione subito dopo esser nata, e non sussistendo più al momento della donazione reciproca, non ha potuto essere compresa nella donazione reciproca fatta a sua moglie, non potendo il nulla essere suscettibile di essere donato. Quindi la moglie non può aver diritto di godere, nella sua qualità di donataria, della porzione che suo marito avea nel credito di dieci mila lire, di cui ha fatto confusione in se stesso.

Si dice al contrario per l'affermativa, che se la detta somma di cinque mila lire non entrasse nella donazione reciproca fatta dal marito alla moglie, vi sarebbe una ineguaglianza nella donazione stessa, mentre il marito avrebbe donato cinque mila lire meno di ciò che gli ha donato sua moglie. Riguardo all' obbiezione poi, che la parte del marito nel credito di dieci mila lire, che la comunione avea verso di lui, essendo stata estinta colla confusione, non sussistendo più, non ha potuto entrare nella donazione reciproca, si risponde esser vero ch' essa non sussiste più, in quanto alla sottigliezza di diritto, ma che il profitto che il marito ha ricevuto dall'impiego fatto della somma tolta dalla comunione, e convertita in aumento dei suoi beni proprj, è un profitto reale di cui deve compensare sua moglie per una metà, e di cui egli gode realmente per l' altra metà. Questo profitto che sussiste ancora al tempo della sua morte, e che fa parte de' beni della comunione al momento della sua morte, deve far parte anche della donazione reciproca de' beni della comunione, ch' egli ha fatto a sua moglie. Quest' opinione mi sembra la più equa.

Quindi io credo che si debba stabilire come principio generale, che, per determinare ciò che deve comporre la donazione reciproca, si deve fare una massa di tutti i beni, che compongono la comunione all'epoca della morte del conjuge che premuore: alla qual massa in caso che ciascuno dei detti conjugi o l' uno di essi trovisi debitore, per causa di compenso, più di ciò che a lui si deve pe' suoi diritti di ricupera, deve aggiungere alla massa la somma di cui trovasi debitore verso la comunione, deducendo ciò che gli è dalla comunione dovuto; e parimenti, nel caso contrario, quando ciascuno de' conjugi o uno di essi trovisi creditore della detta comunione di una somma maggiore di quella che gli deve, deve prelevare da questa massa la somma di cui è creditore verso la comunione, deducendo ciò che deve alla comunione stessa; la parte che l' eredità del premorto ha in questa massa così aumentata delle dette collazioni o diminuita dalle dette deduzioni, compone la donazione reciproca del superstite.

163. Allorchè nel contratto di matrimonio, la ricupera di ciò che la moglie ha portato nella comunione venne stipulata a favore del padre e della madre della moglie; nel caso che il marito e la moglie sieusi fatta una donazione reciproca, durante il matrimonio, e sia premorta la moglie, lasciando per eredi il padre e la madre che hanno rinunziato alla comunione; si è domandato se il marito, nella sua qualità di donatario reciproco, possa pretendere di godere l'usufrutto di ciò che la moglie ha portato nella comunione. Ricard pensa ch'egli non abbia diritto di farlo, fondandosi sulla ragione, che mediante la clau-

sola di ricupera stabilita nel contratto di matrimonio, deve riputarsi che ciò che la moglie ha messo in comunione ve l' abbia messo sotto la condizione soltanto, che essa o i suoi eredi, a favore de' quali venne stipulata la ricupera, non rinuncieranno alla comunione; per cui la condizione essendo mancata attesa la loro rinuncia, devesi riputare che i beni portati dalla moglie non sieno entrati nella comunione, che non sieno effetti della comunione, ma beni proprj della moglie, che non potevano per conseguenza entrare nella donazione reciproca che può comprendere soltanto i beni della comunione.

Noi troviamo nel terzo tomo delle opere del sig. d'Aguesseau una decisione del 12 marzo 1696, colla quale venne giudicato, contro quest'opinione di Ricard, che il marito superstite, nella sua qualità di donatario reciproco, doveva godere di quanto avea portato in comunione la moglie, sebbene gli eredi della moglie, per una clausola del contratto di matrimonio, avessero diritto di riprenderlo rinunciando alla comunione. Il sig. d'Aguesseau prova perfettamente la falsità del principio di Ricard. È falso infatti, che debba riputarsi, che le cose portate dalla moglie in comunione non ne abbiano giammai fatto parte, allorchè la moglie o i suoi eredi, a'quali nel contratto di matrimonio è accordata la facoltà di riprenderle in caso di rinuncia, esercitano questa ricupera; poichè questa facoltà loro accordata di ritirarle dalla comunione, mostra che vi sieno entrate. Esse dunque facevano parte de' beni della comunione al tempo della morte della moglie, e dovevano uscirne soltanto dopo, mediante la ricupera che ne fanno i suoi eredi. Ora basta, a' termini dell' *artic.* 280, che sieno state comuni al tempo della morte della moglie predefunta perchè sieno comprese nella donazione reciproca da lei fatta a suo marito.

La clausola di restituirsi quanto la moglie ha portato, in caso di rinuncia alla comunione, è posta per impedire che il marito o i suoi eredi, nella loro qualità di soli padroni de'beni della comunione, attesa la rinuncia della moglie o de'suoi eredi, possano ritenere le cose portate dalla moglie insieme al rimanente de' beni della comunione; ma una tal clausola essendo di diritto strettissimo, e non suscettibile di estensione, deve essere limitata a questo caso, e non esser estesa al caso della donazione reciproca. Se essa impedisce che il marito, nella sua qualità di solo padrone de' beni della comunione, attesa la rinuncia degli eredi di sua moglie, possa ritenere le cose portate dalla moglie stessa, non deve impedire che il marito possa averne il godimento sotto un altro titolo, nella sua qualità di donatario reciproco della moglie.

164. Ma il marito ha diritto di godere in questo caso, a causa della donazione reciproca, di tutte le cose portate dalla moglie nella comunione, o soltanto della metà? Per restringere la donazione reciproca alla metà, si allega il principio, che l' uno de'conjugi non può donare all' altro più di quello che l' altro ha reciprocamente donato a lui. Ora, il marito non avendo mai potuto avere più della metà negli effetti portati dalla moglie, e compresi nel diritto di ricuperarli, soltanto questa metà ha potuto donare a sua moglie; quindi, si dice, la moglie dal suo lato non ha potuto donargliene anch' essa, che la sola metà. Ma si risponde che la donazione reciproca fatta dal marito alla moglie, e ch'ella avrebbe conseguita se il marito fosse premorto, non era solamente della sua parte ne' beni portati dalla moglie, ma della sua parte in tutti i beni della comunione, la quale parte poteva eguagliare il totale di quelli compresi nella ricupera: non si può dunque dire che la moglie donando, mediante una donazione reciproca, l' usufrutto del totale di ciò che ha diritto di riprendere, gli abbia donato più di quello che suo marito ha reciprocamente donato a lei.

165. Si è pure agitata la questione, se la moglie superstite, rinunciando alla comunione, possa domandare la donazione reciproca, che suo marito le ha fatto de' beni della comunione. Una tal questione può difficilmente presentarsi nel caso in cui la moglie, nel suo contratto di matrimonio, non

abbia stipulato la ricupera di ciò che ha portato nella comunione; poichè se la moglie rinnuncia alla comunione, ciò è perchè la crede dannosa: e quell' istessa ragione, che l' induce a rinunciare alla comunione, non deve mancare d' indurla a rinunciare anche alla donazione reciproca, che suo marito le ha fatto de' beni della comunione. Ma usando le mogli di stipulare ne' contratti di matrimonio, che in caso di rinuncia alla comunione, avranno il diritto di riprendere quanto vi hanno portato, può accadere spesso che una donna rinunci alla comunione, ed abbia interesse di godere del dono reciproco de' beni della comunione, che attesa la sua rinuncia rimangono agli eredi del marito.

Supponiamo, per esempio, che alla morte del marito, i beni della comunione, purgati dai debiti, ascendano a venti mila lire, comprendendovi quattordici mila lire portatevi dalla moglie, la quale, per una clausola del contratto di matrimonio, aveva il diritto di riprenderle in caso di rinuncia alla comunione: la moglie, in questo caso, rinuncierà alla comunione, per riprendere le sue quattordici mila lire: in vece che accettandole essa non ne avrebbe avuto che dieci mila per la sua parte nella comunione. Questa donna rinunciando alla comunione ed avendo riprese le sue quattordici mila lire, ha essa diritto di godere, a causa della donazione reciproca, delle sei mila lire rimaste agli eredi del marito sul fondo della comunione?

Per la negativa si dice: Quando la moglie rinuncia alla comunione, è come se non vi fosse mai stata comunione fra i conjugi; è come se non avessero giammai avuto cosa alcuna in comune da potersi donare; la moglie specialmente in questo caso non avea nulla da poter donare a suo marito, poichè rinunciando alla comunione, non ha alcuna parte ne' beni della comunione. Ma se la moglie non avea in questo caso nulla da donare a suo marito, il marito non ha potuto dal suo canto donarle cosa alcuna, poichè un conjuge non può donare all' altro più di quello che l' altro può a lui reciprocamente donare. Ma a favor della moglie si risponde al primo mezzo di difesa opposto dagli eredi, esser bensì vero che quando la moglie rinuncia alla comunione, essa non ha più parte alcuna nell' attivo e nel passivo della comunione, come se comunione non vi fosse stata; ma non esser vero che quando la moglie rinuncia alla comunione, la comunione non ha mai esistito, ed i conjugi non abbiano mai avuta cosa alcuna in comune da potersi donare, mentre al contrario la rinuncia alla comunione suppone necessariamente una comunione, e de' beni comuni che hanno potuto formar l' oggetto della donazione reciproca; poichè per rinunciare alla comunione bisogna, che vi sia una comunione, non potendosi rinunciare a ciò che non esiste.

Riguardo al secondo mezzo di difesa, è falso che la moglie, che ha rinunciato alla comunione, per riprendere ciò che ha portato, non avesse niente dal canto suo da donare a suo marito, qualora fosse a lei sopravvissuto; essa aveva da donargli la parte che dovea lasciare a' suoi eredi nei beni della comunione, alla quale i suoi eredi non avrebbero rinunciato come essa ha fatto, non avendo essi diritto di riprendere ciò che essa vi aveva portato; e quand' anche i suoi eredi avessero avuto lo stesso diritto, ella avrebbe potuto donargli le cose da lei portate, essendo questo un bene della comunione suscettibile di donazione reciproca, come abbiamo deciso nella questione precedente, e che potea eguagliare ciò che il marito le avea donato.

Per queste ragioni si deve decidere che la moglie, sebbene rinuncii alla comunione, può essere donataria reciproca di suo marito. Il sig. d' Aguesseau nella sua arringa, citata al n. 157, riferisce una decisione del 1641, la quale ha giudicato conformemente a questa opinione, e che ha fissato la giurisprudenza su questo punto.

Ma la moglie può in questo caso godere del totale de' beni della comunione che, attesa la sua rinuncia, sono rimasti agli eredi del marito, o deve goderne soltanto la metà? Ricard decide che non debba goderne che la metà, fondandosi sulla ragione che il marito non ha potuto donare a sua

moglie più di quello che sua moglie poteva donare a lui.

Bisogna però decidere al contrario, che la moglie deve godere, a causa della donazione reciproca, del totale di ciò ch' è rimasto agli eredi del marito ne' beni della comunione, dedotto prima quanto vi ha portato la moglie; poichè la moglie rinunciando alla comunione soltanto perchè le cose da lei portate, ch'essa riprende in tale caso, sono di un valore maggiore o almeno eguale a quello della porzione che avrebbe avuta ne' beni della comunione se l' avesse accettata, ne segue che il totale de' beni della comunione rimasto agli eredi del marito, prededotte le cose portate dalla moglie, non può essere al più che la metà de' beni, di cui era composta la comunione nella quale queste cose erano comprese. Quindi è evidente che comprendendo nel dono reciproco, che il marito ha fatto a sua moglie, il totale del rimanente dei detti beni della comunione, che rimangono a'suoi eredi attesa la rinuncia della moglie, il marito non le dona più, e spesse volte meno di ciò che sua moglie gli ha donato dal suo canto, e di cui egli avrebbe goduto s' ella fosse premorta.

166. Ci resta ad osservare che quando il marito e la moglie, o l' uno di essi, si sono donati con donazione reciproca più di ciò che la legge permette loro di donarsi, per esempio quando si fossero donati l' usufrutto de'loro beni di comunione e de' loro beni proprj, o quando si fossero donati la proprietà de' loro beni di comunione, invece di donarsene soltanto l' usufrutto, la donazione reciproca è intieramente nulla da una parte e dall' altra; nel che la donazione reciproca è diversa dai legati, poichè se un testatore ha legato ad alcuno più di ciò che la legge gli permette, un tal legato non è intieramente nullo, ma soltanto riducibile. Se, per esempio, un testatore avesse legato ad alcuno i suoi mobili ed acquisti ed il totale de' suoi beni proprj, il legato non sarebbe nullo, ma solamente riducibile ai mobili ed acquisti, ed al quinto de' beni proprj. La ragione di questa differenza si è che i legati sono validi per la sola volontà del testatore espressa nel testamento, per cui, affinchè un legato eccessivo sia valido almeno sino alla concorrenza di ciò che la legge permette di donare, basta che il testatore abbia avuta la volontà di legare almeno ciò che la legge gli permette. Ora il meno essendo compreso nel più, *In eo quod plus est, inest et minus*, il testatore, che ha legato più di ciò che la legge gli permette, ha avuta la volontà di legare ciò che la legge gli permette, essendo questo compreso nel più. Colui, per esempio, che ha legato il totale de'suoi beni proprj, ha avuta la volontà di legarne il quinto, che la legge gli permette, essendo il quinto compreso nel totale che ha voluto legare. Il legato non è dunque intieramente nullo, ma è valido soltanto sino alla concorrenza di ciò che la legge permette di legare.

Ma non si può dire lo stesso riguardo alla donazione reciproca, la quale essendo un atto sinallagmatico, non è valida per la solo volontà di una delle parti contraenti. Non basta dunque, affinchè sia valida la donazione di colui che ha donato più di ciò che la legge gli permette di donare, ch'egli abbia voluto donare quanto la legge gli permetteva. Quando un marito ed una moglie si fanno un dono reciproco, ciascuno di essi non fa donazione all' altro, senonchè in vista del dono che l' altro dal suo canto gli fa; quindi allorchè, mediante un dono reciproco, io ho donato a mia moglie più di ciò che la legge mi permetteva: *puta* quando io le ho donato i miei beni di comunione ed i miei beni proprj, mia moglie avendomi donato dal canto suo soltanto a causa di questa donazione, che io le faceva, e nell' idea che essa avrebbe potuto avere l' intiera sua esecuzione, qualora ella mi fosse sopravvissuta; quindi non potendo la donazione, ch'io le ho fatta avere la sua intiera esecuzione, non permettendomi la legge di disporre dei miei beni proprj in favor di mia moglie, la donazione ch' ella dal suo canto mi ha fatto, essendo stata fatta su questa falsa supposizione, cade *quasi ex conditionis defectu*, ed è intieramente nulla. Ma se la donazione che mia moglie m' ha fatta è nulla, anche

quella ch'io ho fatto a lei deve essere intieramente nulla e non per quella parte soltanto che la legge non mi permetteva di donare; poichè è della essenza del dono reciproco che un conjuge fa all'altro, di non poter essere valido, se non in quanto sia valido quello che l' altro conjuge fa a lui. Tale è l' opinione di Ricard nel suo *Trattato del Dono Reciproco, cap.* 4, § 6.

Lo Statuto della Marche si è per verità allontanato da questo principio, poichè, dopo aver detto, nell'*art.* 90, che il dono reciproco debb' essere eguale, aggiunge: *E se fosse ineguale sarà ridotto ad eguaglianza.* Egli si contenta dunque di ridurre il dono di colui che ha donato più di ciò che poteva, senza dichiararlo nullo; ma io credo che questo Statuto debba aver vigore soltanto nel suo territorio.

167. Se in un atto fatto durante il matrimonio, dopo una prima convenzione, colla quale il marito e la moglie si fossero donati reciprocamente l'usufrutto de'loro beni di comunione, co'pesi fissati dallo Statuto, e con una seconda convenzione compresa nello stesso atto, il marito avesse donato inoltre alla moglie l'usufrutto dei suoi beni proprj, si potrebbe forse sostenere, che la nullità della donazione dell' usufrutto de' beni proprj, fatta dal marito alla moglie, non debba trarre seco la nullità della donazione reciproca, che i conjugi si sono fatta dello usufrutto de'loro beni di comunione, perchè queste donazioni essendo fatte con separate convenzioni, sembrano indipendenti l' una dall' altra. Nulla di meno ciò è soggetto a difficoltà, potendosi dire che le convenzioni di uno stesso atto, ancorchè enunciate in clausole separate, sieno relative le une alle altre, e che in questo caso la moglie può essersi indotta a donare dal canto suo l' usufrutto della sua porzione ne'beni della comunione al marito, in considerazione della donazione che suo marito le faceva, anche di quella dell' usufrutto de' beni proprj.

CAPITOLO III.

Della forma delle donazioni reciproche fra marito e moglie.

168. Sebbene l'Ordinanza del 1731, *art.* 46, abbia eccettuato le donazioni reciproche fra marito e moglie dalla necessità delle formalità e delle regole da essa prescritte per le altre donazioni fra vivi, nondimeno vi sono ancora alcune formalità alle quali queste donazioni sono soggette.

Esse debbono, al pari di tutte le altre donazioni fra vivi, esser fatte con atti stipulati avanti notajo, e dei quali resti una minuta. Una tale formalità è necessaria per impedire le frodi; altrimenti, se una tale donazione potesse farsi con un atto privato, sarebbe in facoltà di un conjuge, ponendovi un'antidata, di farla durante l'ultima sua malattia; lo che è vietato dalla legge, come abbiam veduto *supra, n.* 150.

Parimenti se la donazione reciproca potesse farsi con atto stipulato avanti notajo, ma in brevetto, senza che ne rimanesse copia, sarebbe in facoltà del marito di annullare, sopprimendo l' atto, la donazione reciproca, senza il consenso della moglie; lo che è contrario al carattere d'irrevocabilità, essenziale alla donazione reciproca.

169. Questa donazione deve farsi con un solo e medesimo atto; quindi, se ciascuno de' conjugi con atti separati avesse donato all' altro conjuge l' usufrutto nella sua porzione ne' beni della comunione, che si troveranno alla epoca della sua morte, nessuna di queste donazioni sarebbe valida. Così osserva Molineo nella sua nota all'*articolo* 325 dello Statuto d'Anjou, il quale permette ai conjugi di farsi donazione reciproca: *Non ergo seorsim*, egli dice, *etiam si alter alteri donaret, sed separatim et non mutua contemplatione.*

Ricard però nel suo *Trattato della Donazione Reciproca, n.* 135, e 136, crede che tale donazione possa essere

valida, ancorchè fatta con atti separati ed anche in diversi tempi, purchè in ciascuno di questi atti si fosse espresso, ch' erano fatti in esecuzione del disegno già stabilito insieme dai conjugi, di farsi una donazione reciproca dell'usufrutto de' loro beni di comunione; e che al tempo di ciascuna donazione ambedue i conjugi fossero sani. Ciò però va soggetto a qualche difficoltà; per la qual cosa, allorchè il marito e la moglie, essendo in luoghi lontani, vogliono farsi una donazione reciproca, bisogna che il marito mandi una procura ad un suo amico, abitante nel luogo stesso ove trovasi la moglie, per fare in suo nome la donazione reciproca con sua moglie in un medesimo atto, e con questa procura autorizzi anche sua moglie a farla.

170. La donazione reciproca è forse soggetta alla formalità della insinuazione? Sembra che non dovrebbe esservi soggetta. L'insinuazione infatti è richiesta nelle altre donazioni fra vivi in favore de' terzi acquirenti e dei creditori, che contrattassero col donante dopo la donazione; perchè se questa donazione non fosse resa pubblica coll'insinuazione, questi terzi acquirenti e questi creditori, ignorando la donazione, potrebbero essere indotti in errore, contrattando con un uomo che essi crederebbero avere molti beni, e che se ne sarebbe già spogliato con donazioni da essi ignorate. L'insinuazione è richiesta anche in favore degli eredi, che per mancanza di cognizione delle donazioni fatte dal defunto, potrebbero essere indotti in errore, ed accettare una eredità gravata da debiti, calcolando su' beni, de' quali il donante si fosse già spogliato con donazioni da essi ignorate.

Queste ragioni, si dirà forse, non riscontransi nelle donazioni reciproche. Queste comprendendo i soli beni che il donante lascerà al tempo della sua morte, ed essendo fatte col peso dei debiti, che il donante avrà contratti dopo la donazione, non può interessare che quelli che hanno acquistato dal donante, o che hanno contrattato con lui dopo il dono reciproco; e non hanno alcun interesse di conoscerlo mediante l' insinuazione.

Egualmente si dirà, che la mancanza di pubblicità della donazione non può indurre in errore gli eredi del donante, facendo loro accettare una eredità carica di debiti, senza trovare i beni, co' quali contavano di pagarli, poichè i beni compresi nella donazione reciproca sono soggetti ai debiti.

Nonostante queste ragioni, lo Statuto di Parigi ha assoggettato all'insinuazione la donazione reciproca fra marito e moglie, dicendo nell'*art.* 284: « Una donazione reciproca . . . . per esser valida, deve esser insinuata entro ai quattro mesi dal giorno del contratto; e l'insinuazione fatta da uno di essi vale per ambedue; dopo una tale insinuazione il detto dono reciproco non è rivocabile senonchè col consenso di tutti due i conjugi ».

Non è solamente nello Statuto di Parigi, che le donazioni reciproche fra marito e moglie sono soggette all'insinuazione. Altre volte si eccettuavano soltanto quelle fatte nello Statuto di Poitou; perchè, secondo quello Statuto, queste donazioni sono piuttosto donazioni a causa di morte che donazioni tra vivi: ma dietro una dichiarazione del Re del 5 dicembre 1622, tutte le donazioni reciproche, ed anche quelle fatte nello Statuto di Poitou, sono dichiarate soggette all'insinuazione.

Riguardo alle ragioni addotte qui sopra, si risponde, esser vero che i terzi acquirenti, i quali hanno acquistato dal donante, ed i creditori coi quali egli ha contrattato dopo il dono reciproco, non hanno alcun interesse di conoscere la donazione mediante l'insinuazione, ma non può dirsi lo stesso riguardo agli eredi del donante. Questi infatti potrebbero alle volte essere indotti in errore, per non avere conosciuta la donazione mediante l'insinuazione, per esempio qualora l'eredità fosse gravata da molti debiti proprj, che non sono a carico della donazione reciproca. Un erede chiamato all'eredità, ignorando la donazione, s' indurrà più facilmente ad accettarla, credendo d' averne subito il godimento, di quello che vi s'indurrebbe qualora sapesse di doverne avere il godimento soltanto dopo la morte del donatario.

Ricard adduce anche un' altra ragione, per cui può essere stata ordinata l'insinuazione delle donazioni reciproche fra marito e moglie: cioè per impedire le frodi, mentre, senza di ciò, come osserva Ricard, un marito potrebbe profittare della donazione reciproca, che gli ha fatta sua moglie, senza che sua moglie potesse profittare di quella fatta a lei, facendo stipulare l' atto di donazione reciproca da un notajo non conosciuto da sua moglie, e mettendo quindi la moglie nell'impossibilità di trovarlo nel caso ch'essa a lui sopravvivesse.

171. Si osservi che nella donazione reciproca la insinuazione è necessaria soltanto per la donazione, che la moglie fa a suo marito, e non per quella che il marito fa a sua moglie; poichè il marito, nella sua qualità di amministratore dei diritti e beni di sua moglie, essendo obbligato verso di lei a far tutto ciò ch' è necessario per la conservazione de' suoi diritti, nè egli nè gli eredi, che succedono nelle sue obbligazioni, possono essere ammissibili ad opporre alla moglie la mancanza d'insinuazione della donazione ch'egli le ha fatta, poichè egli stesso, nella suddetta qualità, era obbligato ad adempire ad una tale formalità. Tale è la disposizione dello *art.* 39 dell' Ordinanza del 1731. Ma allorchè premuore la moglie, se la donazione reciproca non è stata insinuata, i suoi eredi sono ammissibili ad opporre al marito donatario reciproco, la mancanza d'insinuazione, e perciò a far dichiarar nulla la donazione.

172. Si agita la questione, se nello Statuto di Parigi la moglie sia ammissibile a rivocare la donazione reciproca, per mancanza d' insinuazione. Duplessis opina per l' affermativa, ed il testo dello Statuto di Parigi sembra favorire quest' opinione. L'*art.* 284 dice: *dopo la quale insinuazione la donazione reciproca non è rivocabile*, *senonchè col consenso di tutti due i conjugi.* Sembra quindi che si possa, argomentando *a contrario*, concluderne che sintantochè il marito è in mora a soddisfare all'insinuazione, la moglie è libera di rivocare la donazione reciproca. Se poi venisse opposto, che le altre donazioni tra vivi non possono esser impugnate per mancanza d' insinuazione, sennonchè dai terzi acquirenti e creditori del donante e da'suoi eredi, e non mai dal donante istesso; si potrebbe forse rispondere, che l'insinuazione delle altre donazioni tra vivi è richiesta soltanto in favore dei terzi acquirenti, de' creditori e degli eredi del donante, che possono avere interesse di conoscere la donazione, mediante la pubblicità dell' insinuazione, e non in favor del donante, che non può mai ignorare la donazione che egli ha fatta: ma che l' insinuazione della donazione reciproca fra marito e moglie è richiesta per una ragione, che riguarda la persona stessa della moglie, che ha fatto la donazione, come abbiam veduto *supra;* per cui la moglie deve essere ammessa ad opporne la mancanza, per rivocare e far dichiarar nulla la donazione reciproca.

Ricard crede, al contrario, che la moglie non sia ammissibile ad opporre la mancanza d'insinuazione. Egli risponde all'argomento tratto dal testo dello Statuto di Parigi, che gli argomenti *a contrario* non sono sempre concludenti, e che quello, di cui si serve nella presente questione, non è bastante per fare un'eccezione al principio generale, che un donante non è mai ammissibile ad opporre egli stesso la mancanza d'insinuazione contro alla sua donazione. Siccome questo principio, all'epoca della riforma dello Statuto di Parigi, non era tanto stabilito, come lo è oggi, così lo Statuto non ha inteso di decidere altro, se non che la donazione reciproca è irrevocabile dopo l'insinuazione, lasciando indecisa la questione, se possa esser rivocata prima per mancanza d' insinuazione.

Conviene seguire l'opinione di Ricard; l'Ordinanza del 1731, *art.* 17, decidendo che il donante non può opporre la mancanza d'insinuazione, non ha fatto eccezione alcuna per le donazioni reciproche fra marito e moglie.

173. L'articolo surriferito dice, che la donazione reciproca deve essere insinuata *entro i quattro mesi dal gior-*

no del contratto. Ciò però non vuole dire che l'insinuazione non possa più farsi dopo spirato questo termine; il marito, che è incaricato di questa insinuazione, è sempre a tempo a farla validamente durante la vita di sua moglie; e l'erede della moglie non può opporne la mancanza, se non quando non sia stata fatta mentre la moglie viveva. Parimenti, anche seguendo la opinione di quelli, i quali pensano che la moglie possa ella stessa impugnare la donazione reciproca per mancanza d'insinuazione, il marito può anche, dopo spirato il termine stabilito, fare validamente l'insinuazione, sinchè la moglie non muove querela alcuna. Tutto l'effetto di questo termine fissato si è, che non si debba considerare il marito in mora a fare l'insinuazione, sinchè il termine accordatogli per farla non è spirato. Quindi se la moglie fosse morta poco dopo l'atto di donazione, e prima che siano spirato i quattro mesi accordati per fare l'insinuazione, il marito può farla validamente nel tempo che resta ancora a decorrere, sebbene dopo la morte della moglie, senza che gli eredi di questa possano opporgliene la mancanza, non essendo in mora a farla. Per la stessa ragione, seguendo l'opinione di quelli, che ammettono la moglie a rivocare la donazione reciproca per mancanza d'insinuazione, essa potrebbe farla soltanto dopo spirato un tal termine.

174. Ci resta ad osservare riguardo all'insinuazione della donazione scambievole, che non avendo la donazione alcun oggetto determinato, basta che l'insinuazione sia fatta nel luogo del domicilio delle parti; non è necessario di farla nel luogo della situazione delle cose donate, essendo incerto, sino alla morte del donante, quali saranno le cose che formeranno l'oggetto di questa donazione. Ciò venne giudicato da una decisione del 29 luglio 1767, emessa *consultis classibus*, riferita nel supplimento di Denisart, alla parola *insinuazione*.

Quando l'insinuazione è fatta entro al termine stabilito dalla legge, siccome ha in questo caso un effetto retroattivo al tempo del contratto; così deve essere fatta nel luogo del domicilio, che le parti avevano al tempo del contratto, sebbene l'abbiano in seguito cangiato; ma quando viene fatta dopo spirato il termine stabilito, deve farsi nel luogo, in cui le parti hanno il loro domicilio all'epoca della insinuazione. Questa è una distinzione osservata da Ricard nel suo *Trattato delle Donazioni*, *n*. 1212.

175. La donazione reciproca non è soggetta alle altre formalità delle donazioni tra vivi, come è quella, per esempio, dell'espressa accettazione. Infatti per la validità delle altre donazioni tra vivi, bisogna che sia detto in termini espressi, che la donazione è stata accettata dal donatario, o da alcuno che abbia facoltà e qualità di accettarla per lui, senza che questa formalità possa essere supplita, nè dalla sottoscrizione del donatario a piedi dell'atto di donazione, nè dal possesso che egli prende della cosa donata; Ordinanza del 1731, *art*. 6. Al contrario la donazione reciproca fra marito e moglie è valida quando anche si fosse omesso di far menzione nell'atto, che le parti l'hanno rispettivamente accettata; mentre l'Ordinanza del 1731, *art*. 46, ha dichiarato che le donazioni scambievoli fra marito e moglie non sono comprese nelle sue disposizioni.

176. La tradizione richiesta nelle altre donazioni tra vivi non lo è nella donazione reciproca, anzi non ne è neppur suscettibile, comprendendo soltanto le cose che il donante lascerà dopo la sua morte.

177. Una donazione che non è particolare alla donazione reciproca, ma che è comune a tutti gli atti, in cui interviene come parte una donna sotto potestà di marito, si è che la moglie debb'essere autorizzata da suo marito acciocchè l'atto sia valido. *Vedasi* il nostro *Trattato della Potestà del marito sulla persona e sui beni della moglie*, *n*. 42, ove abbiamo confutata l'opinione di Ricard, il quale ha creduto che l'autorizzazione del marito non fosse necessaria per le donazioni reciproche.

CAPITOLO IV.

Delle condizioni da cui dipende la donazione scambievole.

178. La donazione scambievole fra marito e moglie dipende da due condizioni. La prima è quella che il donatario sopravviva al donante. La seconda è, che non si trovi alcun figlio nè dell'uno nè dell'altro conjuge alla epoca della morte del primo fra essi che cessa di vivere. Ciascuna di queste condizioni formerà la materia di un paragrafo distinto; nel terzo paragrafo poi diremo qualche cosa intorno alle altre condizioni, che vi si possono aggiungere.

§ 1. *Della condizione che il donatario sopravviva al donante.*

179. Le donazioni reciproche che i conjugi si fanno scambievolmente sono fatte sotto la condizione che il donatario sopravviva al donante; quindi la donazione, che il conjuge premorto ha fatta al superstite, è la sola che abbia effetto per la verificazione della condizione; al contrario quella che il conjuge superstite avea fatta al premorto rimane senza effetto per mancanza della condizione stessa.

180. Si è agitata la questione, se la morte civile di uno de' conjugi, avvenuta per condanna a pena capitale, faccia verificare la condizione di cui trattiamo. Ritenevasi un tempo la negativa, e si citava una decisione emessa dal re Enrico II sedente in parlamento, colla quale venne giudicato, che un conjuge potea dirsi superstite soltanto dopo la morte naturale dell'altro, e che per conseguenza la morte civile di uno de'conjugi non avea potuto dar luogo alla antiparte convenzionale a favore dello altro conjuge; ma noi abbiam veduto nel nostro *Trattato della Comunione*, n. 443, ove abbiamo trattata ampiamente tale questione, che la giuri sprudenza era cangiata, essendosi giudicato che la morte civile incorsa da un uomo uscito dal regno per motivo di religione, avea dato luogo alla antiparte convenzionale a favore dello altro conjuge. Questa decisione, avendo dunque giudicato riguardo ad una convenzione di antiparte, che la morte civile di uno de' conjugi fa riguardare come superstite l'altro, avvi la stessa ragione per decidere nel caso di una donazione reciproca, che la morte civile di uno de' conjugi fa riguardare come superstite l'altro, e dà luogo per conseguenza all'esecuzione della donazione a lui fatta dal conjuge morto civilmente.

Si può anche trarre argomento dalla Ordinanza del 1747, la quale stabilisce, nell'articolo 24, che la morte civile darà luogo alle sostituzioni al pari della morte naturale.

§ 2. *Della condizione che nè l'uno nè l'altro conjuge abbia figli al momento della morte del primo di essi, che cessa di vivere.*

181. Questa condizione è apposta in termini formali alla donazione reciproca dall'art. 280, il quale dice: « Uomo e donna possono ed è loro lecito il farsi l'un l'altro una donazione reciproca . . . purchè non esistano figli o dei due conjugi, o di uno di essi, all'epoca della morte di quello che premuore ».

Questa condizione essendo stata apposta in favore de' figli, sembra che dovrebbe bastare che il donante premorto non abbia lasciato alcun figlio, cosicchè quelli del donatario superstite non debbano esser di ostacolo alla donazione reciproca, essendo i soli figli del donante premorto che hanno interesse d'impedirla; nulla di meno fa d'uopo decidere che i figli del donatario, al pari di quelli del donante, fanno cessare la condizione apposta da quest'articolo alla donazione reciproca, e la rendono nulla. Infatti lo Statuto non dice, *purchè non vi sieno figli del predefunto*; ma dice indistintamente, *purchè non vi sieno figli o dei due conjugi, o di uno di essi*; lo che comprende tanto quelli

del donante che sopravvive, che quelli del donante premorto. La ragione si è, che è dell'essenza della donazione reciproca, che quella fatta da uno dei conjugi non possa esser valida, se non sarebbe stata valida quella fattagli dallo altro conjuge, qualora questi fosse premorto; poichè altrimenti non sarebbe reciproca. Ora, quando il superstite ha de' figli, la donazione da esso fatta al conjuge predefunto non avrebbe potuto esser valida, se fosse premorto il superstite; dunque quella che il predefunto ha fatto al superstite non può in questo caso essere valida; dunque i figli del conjuge donatario superstite fanno ostacolo alla donazione reciproca, al pari di quelli del donante predefunto.

182. Sebbene in questa condizione, *purchè non esistano figli*, lo Statuto siasi espresso in plurale, nulladimeno basta che ne esista un solo, perchè cessi la condizione. SI SINE LIBERIS DECEDAS, *conditio deficit, vel uno filio superstite relicto*; *l.* 101, § 1, ff. *de cond. et dem.*

183. Anzi sebbene *all' epoca della morte di quello che premuore* non sia nato per anco alcun figlio, nulla di meno se la vedova del predefunto è allora incinta, ed in seguito partorisce un figlio vivo, questo figlio dovrà riguardarsi come già nato alla epoca della morte, come c' insegna Paolo: *Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia jura integra ei reservarent*; *l.* 3, ff. *si pars haer. pet. Et Terentius Clemens: Intelligendus est mortis tempore fuisse, qui in utero relictus est*; *l.* 153, ff. *de verb. signif.* Egli per conseguenza farà cessare la condizione della donazione reciproca, *purchè non esistano figli*; lo che è conforme alla regola di diritto: *Si quis uxorem praegnantem reliquit, non videtur sine liberis decessisse*; *l.* 187, ff. *de reg. jur.* Giustiniano ha parimenti deciso nella legge 6, Cod. *ad S. C. Treb.*, che la nascita di un postumo fa cessare la condizione, *si sine liberis decesserit*.

Ciò ha luogo, sebbene il postumo sia vissuto pochissimo tempo, purchè sia nato a giusto termine; perchè se fosse anche vissuto solamente un minuto, egli sarebbe stato investito della eredità del conjuge predefunto, e la avrebbe acquistata e trasmessa senza il peso della donazione reciproca.

Il figlio si reputa nato a giusto termine, allorchè è nato almeno nel settimo mese della gravidanza di sua madre: *Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hypocratis*; *l.* 12. ff. *de stat. hom.* Quindi s' egli fosse nato prima di questo termine, sarebbe considerato piuttosto come un aborto che come un figlio; e sebbene fosse vissuto per alcuni minuti, non avrebbe fatto cessare la condizione: *Abortus vel abactus venter partum efficere non videtur*. Paul. Sent. lib. 4, tit. 9, § 6.

A maggior ragione non la fanno cessare quelli che nascono a giusto termine, ma morti: *Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt*; *l.* 129, ff. *de verb. sign.*

184. Spetta ai parenti del conjuge predefunto il provare che il postumo, nato a giusto termine, ebbe vita. Invano si opporrebbe, che essendo il superstite attore nella domanda di rilascio della donazione reciproca, in tale qualità è tenuto a fondare la sua domanda, poichè si risponderebbe loro, ch'egli la prova bastantemente col produrre il contratto della donazione reciproca. I parenti del premorto, che la impugnano, sostenendo che vi è stato un figlio postumo che ha fatto cessare la condizione della donazione reciproca, e che ha conseguita l'eredità del predefunto, che in seguito ha ad essi trasmessa, debbono giustificare la vita di questo postumo, che costituisce il fondamento della loro difesa; lo che è conforme alle regola di diritto: *In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem, velut conditionem implere* (*id est*), *probare debere*; *l.* 19, ff. *de probat.* I parenti del conjuge predefunto sostengono per fondamento della loro difesa, ch' egli ha lasciato un figlio vivente; spetta dunque ad essi il provare il fatto che asseriscono, secondo l' altra regola: *Et incumbit probatio, qui dicit*, non

qui negat, *l.* 2, *ff. de probat. et demonstr.* Mancando quindi i parenti del conjuge premorto di provare il fatto asserito, ed opposto contro la donazione reciproca da essi impugnata, cioè che il figlio partorito dalla vedova è nato vivo, e che il conjuge premorto ha lasciato un figlio, la condizione *purchè non esistano figli* sarà riguardata come verificata, e la donazione reciproca avrà luogo.

185. Si può fare una simile questione nel caso seguente. Due conjugi, che aveano un unico figlio, si sono fatti una donazione scambievole; il primo a morire dei conjugi perì in un naufragio insieme a questo figlio, senza che si sappia chi dei due sia sopravvissuto. Mancando l'erede, che impugna la donazione reciproca, di provare che il figlio sia sopravvissuto, la condizione *purchè non esistano figli*, si riputerà verificata, e la donazione avrà luogo. La nostra decisione è autorizzata da quella di Ulpiano, nella legge 17, § 7, ff. *ad S. C. Treb.* Questa legge suppone il caso di un fedecommesso, di cui una persona sia stata gravata sotto la condizione, *che essa muoja senza figli*. Essendo questa persona perita in un naufragio coll'unico figlio che avea, senza che si possa sapere quale dei due sia sopravvissuto, Ulpiano decide, che la condizione *ch' essa muoja senza figli* deve riputarsi verificata: *Quum quis ante, et quis postea decesserit, non apparet, extitisse conditionem fideicommissi magis dicendum.*

Si opporrà fose che trovasi deciso il contrario nella legge 9, § 1, ff. *de reb. dub.*, la quale dice, che quando il padre ed il figlio pubere sono insieme periti in uno stesso infortunio, senza che si sappia quale dei due sia morto il primo, si presume che sia sopravvissuto il figlio: *Quum bello pater cum filio periisset, materque filii, quasi postea mortui, bona vindicaret, adgnati vero patris, quasi filius ante periisset. D. Hadrianus credidit patrem prius mortuum*; decisione che trovasi pure nell' istessa legge al § 4, e nella legge 22, ff. *d. tit.*

Ma ad una tale obbiezione si risponde, che questa presunzione ha luogo soltanto nel caso in cui due persone, eredi presuntive l' una dell'altra, essendo morte insieme, è necessario il fissare quale delle due debba riputarsi sopravvissuta e succeduta all' altra; ma fuori di questo caso questa presunzione non ha luogo. È incerto se il figlio, che è perito col padre, gli sia o no sopravvissuto; e la parte, che per fondamento della sua domanda o della sua eccezione, è obbligata a fornire la prova del fatto di questa sopravvivenza, trovasi costretta a non poter farla.

186. Si osservi inoltre riguardo alla condizione, *purchè non esistano figli*, apposta dallo Statuto alla donazione reciproca, che la parola *figli* deve intendersi in modo che comprenda non solo i figli di primo grado, ma anche tutti i figli di qualunque grado siasi; quindi, se al tempo della morte del conjuge che premuore, trovasi un nipote, o un figlio di un nipote di uno de' conjugi, la condizione è cessata. Tale è la decisione di Giustiniano nella legge 6, § 2, Cod. *ad Senat. Cons. Treb.* riguardo alla condizione *si sine liberis decesserit* apposta ai fedecommessi.

187. La condizione, *purchè non esistano figli*, essendo stabilita per conservare ai figli l' eredità de' conjugi, ne viene per conseguenza che, in questa condizione, sotto alla parola *figli*, debbansi comprendere i soli figli abili a succedere.

Dunque, 1.° i bastardi, che l'uno o l' altro conjuge avesse all'epoca della morte del predefunto, non fanno cessare la condizione, *purchè non esistano figli*.

188. 2.° Lo stesso deve dirsi di quei figli, che, sebbene nati da legittimo matrimonio, hanno, prima della morte del predefunto, perduto il loro stato civile, o colla professione religiosa, o con una condanna a pena capitale; questi figli, riguardandosi come morti nella civile società, non possono far mancare la condizione.

Se il figlio, ancorchè già novizio, avesse fatta la professione soltanto dopo la morte del conjuge predefunto, avrebbe fatto mancare la condizione. Se la morte del conjuge predefunto e la professione del figlio fos-

sero avvenute nello stesso giorno, non si potrebbe pretendere che la condizione fosse mancata, nè impugnare per conseguenza la donazione reciproca, se non qualora si potesse provare che la professione del figlio ha preceduto la morte del conjuge.

189. Quando la condanna ad una pena capitale, ch' ebbe luogo contro al figlio prima della morte del conjuge predefunto, venne emessa ed eseguita in contumacia, lo stato civile del figlio essendo in questo caso sospeso, rimarrà parimenti sospesa la donazione reciproca. Quindi se il figlio muore cinque anni dopo il giorno della esecuzione, senza essersi presentato, riputandosi in questo caso che il figlio abbia perduto lo stato civile dal giorno di questa esecuzione, e per conseguenza prima della morte del conjuge predefunto, la donazione reciproca sarà valida; ma se il figlio muore entro i cinque anni, ovvero si presenta, sia fra i cinque anni sia anche dopo, la sentenza contumaciale essendo nell' uno e nell' altro caso annullata, si riputerà che il figlio abbia avuto il suo stato civile al tempo della morte del conjuge predefunto, ed abbia per conseguenza fatta cessare la condizione della donazione reciproca.

Sintanto però che non si verifica il caso, la sentenza dovendo essere provvisoriamente eseguita, il conjuge godrà provvisoriamente della donazione reciproca, coll' obbligo però di restituire tutti i frutti che avrà percepiti, nel caso in cui la sentenza contumaciale venisse ad essere annullata colla morte del figlio entro i cinque anni, o col suo presentarsi.

190. 3.° Nella condizione, *purchè non esistano figli*, non si debbono comprendere i figli diseredati con giusta causa, poichè la diseredazione li rende inabili a succedere.

Ci si opporrà forse la legge 114, § 13, ff. *leg.* 1.°, nella quale Marziano decide in termini formali, che i figli, sebbene diseredati, fanno cessare la condizione, *s' egli muore senza figli*: *Quum erit rogatus, si sine liberis decesserit, fideicommissum restituere, conditio defecisse videbitur, si patri supervixerint liberi, nec quaeritur an haeredes extiterint.* Si risponde a questa obiezione, che il difetto della maggior parte de' giureconsulti romani era lo star troppo attaccati alle parole. Nella nostra giurisprudenza francese invece si osserva qual sia stato lo spirito sia del testatore in una condizione apposta ad una sostituzione, sia della legge in una condizione apposta ad una legge. Ora è evidente che la sola mira dello Statuto di Parigi nello apporre alla donazione reciproca la condizione, *purchè non esistano figli*, fu quella d' impedire, che un conjuge potesse, con disposizioni fatte durante il matrimonio, preferire a' suoi figli l'altro conjuge nel godimento dei suoi beni; dunque ha potuto avere in vista soltanto que' figli che hanno diritto di succedere ne' suoi beni, e non quelli che ne sono esclusi per diseredazione.

Si osservi, che un figlio nato dal matrimonio de' conjugi, affinchè non faccia ostacolo alla donazione reciproca, bisogna che sia diseredato da ambedue i conjugi: nè basterebbe che lo fosse dall' uno dei due; poichè la donazione fatta da quel conjuge, che non l'avesse diseredato, non potendo esser valida, atteso l'ostacolo ch'ei vi farebbe nel caso che questo conjuge premorisse, non può essere valida neppur quella fatta dal conjuge, che l' ha diseredato, secondo il principio da noi stabilito, che nelle donazioni reciproche fatte da due conjugi, quella di uno di essi può esser valida soltanto, qualora fosse stata valida anche quella, che l' altro conjuge reciprocamente gli ha fatta.

191. Allorchè alla morte del conjuge predefunto esisteva un figlio, a cui l'eredità venne deferita, ancorchè vi abbia rinunciato, non lascia di fare mancare la condizione *purchè non esistano figli*; poichè per ciò basta, che siavi stato un figlio al momento della morte del predefunto, a cui l'eredità di questo siasi deferita senza il peso della donazione reciproca.

Del resto, se, come l'abbiamo stabilito qui sopra, il figlio che fu diseredato dal predefunto e non dal superstite, fa cessare la condizione, a maggior ragione deve farla cessare quello che ha rinunciato all' eredità

del predefunto, e che non avrebbe forse egualmente rinunciato a quella dell' altro conjuge, qualora questo fosse morto il primo.

192. Lo Statuto avendo permesso la donazione reciproca sotto la condizione soltanto *che non esistano figli*, non è permesso ai conjugi nè di derogarvi nè di modificarla in qualunque siasi maniera. Quindi non è loro permesso di farsi un dono scambievole, il quale debba aver luogo nel caso in cui i figli, che si trovassero al momento della morte di colui che premuore, morissero senza discendenti prima del superstite.

Invano si opporrebbe che la donazione reciproca fatta sotto una tale condizione, non porta alcun pregiudizio ai figli, in favor de' quali è apposta la condizione, *purchè non esistano figli*; si risponde che basta che questa condizione sia stata apposta, perchè i conjugi non possano sottrarvisi; d' altronde è falso che la donazione reciproca non pregiudichi in questo caso ai figli, poichè un bene gravato di un qualunque siasi peso vale meno di un bene libero.

193. L' intervento de' figli maggiori nel contratto di donazione reciproca fatta da' loro genitori, libera questi conjugi dalla condizione, *purchè non esistano figli*? Molineo, sullo articolo 155, sostiene l' affermativa, appoggiandosi alla ragione, che questa condizione venne posta soltanto in loro favore. La sua opinione però non è prevalsa, a motivo della facoltà che avrebbero i padri e le madri di far prestare a' figli un consenso estorto loro dal timore: *non libera sed metu, ne pejus facerent*, come si esprime lo stesso Molineo, nella nota all' *art.* 99 dello Statuto di Vitry.

§ 3. *Se i conjugi, che si fanno una donazione scambievole, possano apporvi delle altre condizioni, oltre a quelle che richiede la natura di tale donazione.*

194. Non v' ha dubbio, che i conjugi che si fanno una donazione scambievole, durante il loro matrimonio, possono apporvi tutte quelle condizioni che loro piacciono oltre a quelle richieste dalla natura della donazione reciproca; poichè quegli che può il più, può anche il meno. Due conjugi, per esempio, che avessero delle cose di un grandissimo valore su di un vascello, di cui si aspetta il ritorno dalle Indie, possono far dipendere la loro donazione reciproca dalla perdita di questo vascello; poichè in questo caso soltanto il superstite avrebbe bisogno di godere della parte del predefunto ne' beni della comunione, per vivere più comodamente.

Parimente due conjugi senza figli e che avessero per erede presuntivo la stessa persona, la quale fosse fratello consanguineo dell' uno, e fratello uterino dell' altro, e che non volessero diminuire il diritto di questo fratello nella loro eredità, possono far dipendere la donazione reciproca dal caso in cui questo fratello morisse prima di uno di essi conjugi.

195. Si osservi che le condizioni, che i conjugi possono apporre alla loro donazione reciproca, debbon essere condizioni casuali; quindi la donazione sarebbe nulla, se le fosse apposta una condizione la cui verificazione dipendesse intieramente dalla volontà di essi conjugi. Se, per esempio, i conjugi avessero detto che si facevano una donazione reciproca dell' usufrutto de' beni della comunione, che apparterranno al predefunto, *qualora egli muoja intestato*, tale donazione sarebbe nulla; poichè essendo in facoltà del conjuge di fare mancare una tale condizione facendo testamento, e quindi rivocare con questo mezzo la donazione senza il consenso dell' altro, la donazione non avrebbe il carattere d' irrevocabilità che l' è essenziale, come abbiamo veduto *supra*.

196. Si osservi parimenti che una condizione, affinchè sia validamente apposta alla donazione reciproca, bisogna che sia apposta ad ambedue le donazioni che i conjugj si fanno reciprocamente; quindi se fosse apposta soltanto alla donazione di uno di essi, e non a quella dell' altro, tale donazione sarebbe nulla per la mancanza dell' eguaglianza, che vi si richiede.

Questa ragione, dedotta dalla man-

canza d'eguaglianza, cesserebbe, qualora la donazione fatta dall'altro conjuge non fosse fatta sotto la stessa condizione, ma sotto un'altra condizione diversa, la cui verificazione fosse presso a poco egualmente incerta; quindi io credo, che in questo caso la donazione scambievole sarebbe valida.

CAPITOLO V.

Quando abbia luogo la esecuzione della donazione scambievole; come ne sia investito il donatario; ed in che consista il diritto di usufrutto che egli ha nelle cose comprese in tale donazione.

ARTICOLO PRIMO.

Quando abbia luogo l'esecuzione della donazione scambievole; come il donatario ne sia investito.

197. La donazione scambievole essendo fatta a quel conjuge che sopravvive all'altro, la morte del primo de' conjugi stessi è quella che dà luogo alla esecuzione della donazione da esso fatta al superstite nel contratto di donazione reciproca, e che fa cessare la condizione della donazione che il superstite avea fatta al predefunto.

La morte civile dà luogo a questa esecuzione al pari della morte naturale? *supra*, n. 180.

198. Secondo i principj dello Statuto di Parigi, la morte di uno dei conjugi dà al superstite donatario reciproco il diritto soltanto di domandare all'erede del predefunto il rilascio delle cose comprese nella donazione reciproca per averne il godimento. Esso lo spiega formalmente nello *art.* 284, in cui dice: *Una donazione reciproca non investe per sè, ma è soggetta al rilascio.*

In ciò la donazione scambievole, fatta durante il matrimonio, è diversa da quella fatta per contratto di matrimonio, la quale non è soggetta al rilascio, ed investe di pieno diritto il superstite donatario delle cose donate che trovansi presso di lui dal giorno della morte del conjuge predefunto.

199. Tronçon pretende che l'articolo dello Statuto di Parigi, che assoggetta al rilascio la donazione reciproca, fatta durante il matrimonio, debba soffrire eccezione, quando nel contratto di tale donazione trovansi delle clausole di costituito, e di precario, colle quali ciascun de' conjugi si spoglia verso l'altro di tutte le cose comprese nella donazione, e dichiara di tenerle da quel punto in avanti soltanto precariamente ed a nome del donatario.

Questa opinione di Tronçon è insostenibile; la donazione reciproca *per rerum naturam* non è suscettibile delle suddette clausole; poichè tale donazione, comprendendo soltanto le cose che colui che premorrà lascerà al momento della sua morte, il donante non può *per rerum naturam* spogliarsene al momento della donazione. *Ciò che ei lascerà* è una cosa indeterminata; e non si può presumere *per rerum naturam*, che il donante si spogli di ciò che è ancora indeterminato, e che sarà determinato soltanto al tempo della sua morte.

200. La donazione scambievole essendo soggetta al rilascio, non si deve riputare che il superstite donatario reciproco sia entrato nel godimento della parte, che hanno gli eredi del predefunto ne' beni della comunione, lo che costituisce l'oggetto di tale donazione, sinchè non gliene è fatto il rilascio dagli eredi stessi, o almeno sinchè non abbia prestata una sufficiente cauzione per ottenerlo; sino a questo momento si reputa ch' ei goda i beni della comunione insieme ai detti eredi, e deve loro render conto dei frutti che ne ricava; egli ritiene a suo profitto solamente il totale di quelli percepiti dopo il giorno in cui ha presentato agli eredi una sufficente cauzione.

201. Acciocchè il superstite entri

nel godimento del suo dono reciproco, è necessario che abbia preventivamente comprovata la solvibilità della cauzione che ha presentata? La ragione di dubitarne si è, che gli eredi del predefunto essendo obbligati di accordare al superstite il rilascio del dono reciproco, solamente qualora egli dia loro una sufficiente cauzione, sembra che non sieno in mora ad eseguire questo rilascio, sinchè non è loro comprovata la solvibilità della cauzione. Nulla di meno, secondo lo Statuto di Parigi, basta che il superstite abbia presentato una sufficiente cauzione, perchè debba entrare nel godimento dal giorno in cui l' ha presentata, salvo agli eredi il diritto di esaminarne la solvibilità. Tale è la disposizione di tale Statuto nell'*art.* 285, in cui dice: « Il donatario reciproco fa suoi i frutti soltanto dal giorno in cui ha presentata una sufficiente cauzione, e rimangono i frutti all' erede sinchè sia presentata la cauzione suddetta, la quale però può essere dal donatario presentata sin dalla prima citazione ».

La ragione per cui lo Statuto vuole che il superstite entri nel godimento del dono reciproco dal giorno in cui venne presentata la cauzione senza aspettare che la sua solvibilità sia comprovata, si è il timore che la lunghezza delle procedure, i cavilli, che gli eredi potrebbero muovere circa la solvibilità della cauzione, non ritardino troppo il godimento del donatario, il quale dal canto suo ha soddisfatto a ciò che lo Statuto richiede, presentando una sufficiente cauzione.

202. Se la presentata cauzione, essendo stata impugnata dagli eredi, venisse giudicata insufficiente e rigettata, dovrebbe riputarsi in questo caso che il superstite fosse entrato nel godimento del dono reciproco dal giorno della presentazione di questa cauzione? Charondas sostiene l' affermativa; ma Le Maître, che riferisce questa opinione, la rigetta con ragione. La Statuto in fatti dice nell' *art.* 285, che *il donatario fa suoi i frutti soltanto dal giorno in cui ha presentata una sufficiente cauzione*. Ora non si può dire ch' egli abbia presentata una sufficiente cauzione, quando venne dichiarata insufficiente quella che ha presentata.

Intorno alla qualità che deve avere questa cauzione per essere giudicata sufficiente, *vedasi* ciò che abbiamo detto nel nostro *Trattato delle Obbligazioni*, *n.* 391.

Se prima della sentenza sulla solvibilità della cauzione il donatario reciproco, per evitare la discussione relativa ad una tale solvibilità, avesse offerto un idoneo fidejussore insieme alla cauzione suddetta; non essendo stata in tal caso dichiarata insufficiente la cauzione presentata, non gli si potrebbe contrastare il godimento dal giorno in cui l' ha presentata.

203. Il donatario, che non trova persona alcuna che voglia costituirsi cauzione per lui riguardo alla donazione reciproca, ha diritto di domandare agli eredi del predefunto che amministrino essi stessi i beni costituenti tale donazione, coll' obbligo di tenergli conto de' frutti, offrendo anche di laciar loro ogni anno una certa somma in compenso della cura della amministrazione? Io non credo, che egli abbia diritto di far questa domanda, poichè gli eredi del predefunto non sono obbligati ad essere gli amministratori del donatario. Ma il donatario stesso può trovare qualche persona solvibile che voglia, mediante una certa ricompensa convenuta, incaricarsi di quest' amministrazione, e rendersi cauzione pel donatario verso gli eredi del predefunto per la restituzione delle cose comprese in tale donazione.

204. I conjugi non possono nella donazione reciproca, che si fanno durante il matrimonio, liberarsi vicendevolmente dall' obbligo di prestare cauzione. In ciò tale donazione differisce da quella che i conjugi si fanno nel contratto di matrimonio, e la ragione di questa differenza è sensibile. È in facoltà de' conjugi di fare nel contratto di matrimonio tutte quelle convenzioni e donazioni che loro piace; essi possono donarsi la proprietà de' loro beni, e quindi a maggior ragione allorchè si donano l' usufrutto de' beni stessi, possono dispensare il donatario dall' obbligo di prestar cauzione. Ma i conjugi essendo divenuti

incapaci di farsi alcuna donazione durante il loro matrimonio, eccettuate quelle che gli Statuti permettono loro specialmente, essi possono farle solamente nel modo e sotto le condizioni con le quali gli Statuti le permettono. Quindi lo Statuto non avendo permesso ai conjugi le donazioni reciproche, senonchè coll' obbligo al donatario di prestar cauzione, i conjugi possono farle soltanto in questo modo, e non possono per conseguenza liberare il donatario dall' obbligo di prestar cauzione.

205. Ma dopo che si è fatto luogo al conseguimento di tale donazione, colla morte di uno de' conjugi, è permesso agli eredi del predefunto di liberare il donatario dall' obbligo della cauzione che loro dovrebbe prestare, poichè è permesso ad ognuno di rinunciare a' suoi diritti, quando le persone, in favor delle quali si rinuncia, non sieno persone a cui la legge non permette di fare vantaggio alcuno. Ora il donatario era una persona a cui la legge proibiva di fare vantaggio alcuno in faccia al conjuge premorto; ma non lo è in faccia agli eredi di questo conjuge.

Si osservi che quando gli eredi del premorto hanno liberato il superstite donatario dall' obbligo di prestar cauzione, questi ne è bensì liberato in faccia ai suddetti eredi, i quali non sono più ammissibili a domandargli la cauzione, a meno che non sopravvenga un cangiamento nella sua fortuna ed un disordine ne' suoi affari, ma non ne è liberato in faccia a tutti gli altri che hanno interesse alla conservazione de' beni di cui gode a causa della donazione. Ciò venne giudicato da una decisione del 7 giugno 1741, riferita da Denisart, colla quale una vedova donataria reciproca, che era stata liberata dall' obbligo di prestare cauzione dagli eredi di suo marito, su la domanda di un legetario particolare, il cui legato dovea pagarsi dopo l' estinzione della donazione reciproca, venne condannata a prestarla.

206. Resta finalmente la questione, se la clausola del contratto di donazione reciproca, che libera il donatario dall' obbligo di prestar cauzione, sia solamente nulla, o se tragga seco la nullità della donazione. Avvi luogo a credere ch' essa non tragga seco la nullità della donazione, poichè questa clausola è estrinseca al contratto e non riguarda la sua sostanza: *Non versatur circa substantialia contractus*. Il vizio di questa clausola, che non è essenzialmente inerente al contratto, deve render nulla la clausola, senza render nullo il contratto.

207. Il nostro Statuto di Orleans esige, al pari di quello di Parigi, che il donatario reciproco presti una buona, e sufficiente cauzione, acciocchè possa godere delle cose comprese nella donazione. *Art.* 281 e 282. Egli ne è investito soltanto dal giorno in cui ha presentato questa cauzione, come risulta dall' *art.* 282: « Colui, che vuole godere della donazione reciproca, è tenuto a prestar cauzione. . . . lo che facendo il superstite resta investito della detta donazione ». Il nostro Statuto, colle parole *lo che facendo.... rimane investito*, dichiara abbastanza che non ne è investito prima di avere prestata la cauzione, o almeno prima di averne presentata una agli eredi, poichè l' uso ha stabilito che il donatario reciproco debba riputarsi investito delle cose donate dal giorno in cui ha presentata una cauzione agli eredi del defunto.

208. Nello Statuto di Parigi, secondo l' *art.* 285, il donatario reciproco, per godere delle cose comprese nella donazione, deve presentare la sua cauzione in giudizio, lo che può fare sin dalla prima citazione che esso fa per domandare il rilascio della donazione.

Nel nostro Statuto di Orleans non è necessario che il donatario presenti la sua cauzione in giudizio; egli può presentarla all' erede sin dalla prima compilazione dell' inventario; e ciò basta ad investirlo della donazione, senza che siavi bisogno di citazione alcuna per domandarne il rilascio.

209. Si ritiene anzi nel nostro Statuto, che il donatario reciproco sia investito dal momento in cui ha presentato una cauzione, anche nel caso che essendo questa stata giudicata insufficiente, venisse condannato a presentarne un' altra. Questa opinione si fonda sull' osservazione che il nostro

Statuto non dice, come quello di Parigi, che il donatario sarà investito soltanto dal giorno in cui avrà presentata una cauzione *sufficiente*; ma dice che lo sarà dal giorno in cui avrà presentato cauzione. Basta dunque ch' egli abbia data o presentata una cauzione, perchè ne sia investito, salvo il diritto di discuterne la solvibilità.

210. Vi sono alcuni Statuti in cui il donatario è investito di pieno diritto dal giorno della morte di uno de' conjugi, com' è quello del Borbonese, *art.* 227. Devesi, a questo riguardo, seguire lo Statuto del luogo in cui sono situati i beni compresi nella donazione. Quindi, se due abitanti di Parigi si sono fatta una donazione reciproca, durante il loro matrimonio, composta di coacquisti situati in parte sotto lo Statuto di Parigi, ed in parte sotto quello del Borbonese, se il donatario presenta la cauzione soltanto alcuni anni dopo la morte del conjuge predefunto, non avrà i frutti degli stabili situati sotto allo Statuto di Parigi, senonchè dal giorno che presta la cauzione; ma avrà tutti quelli percepiti dopo la morte del predefunto, sugli stabili situati sotto lo Statuto del Borbonese.

ARTICOLO II.

In che consista il diritto di usufrutto del donatario reciproco sulle cose di cui è composta la donazione scambievole.

211. Il diritto di usufrutto del donatario reciproco, riguardo ai coacquisti immobili della comunione, per la parte che in essi aveva il premorto, è un diritto di usufrutto propriamente detto simile a quello di tutti gli altri usufruttuarj. Tutto ciò che abbiam detto nel nostro *Trattato del Vedovile, cap. 5,* si applica all' usufrutto del donatario reciproco.

212. Riguardo al denaro ed agli effetti mobiliari della comunione, per la parte che ne apparteneva al predefunto all' epoca della sua morte, il diritto del donatario reciproco è il diritto *quasi usufructus*, che consiste nell' esserne trasferita la proprietà al donatario reciproco, coll' obbligo di restituire, dopo spirato il suo usufrutto, cioè dopo la sua morte, all' erede del predefunto o a' suoi rappresentanti, la porzione del predefunto stesso, tanto del denaro quanto degli altri effetti mobiliari della comunione, secondo la stima fattane nell' inventario.

213. Il donatario non è tenuto di aggiungere alla stima fatta nell' inventario il quarto detto *parisis* (1). Questo *parisis* è una pena stabilita soltanto contro ai tutori, che per dovere del loro uffizio sono obbligati di vendere i mobili de' loro minori, per impiegare il prezzo in compre di stabili o rendite che producano una entrata ai detti minori. Mancando il tutore di adempire questo dovere, per indennizzare i minori di ciò che i loro mobili avrebbero potuto esser venduti al di là dal prezzo stabilito nell' inventario, è tenuto di aggiungere il quarto alla stima fattane nell' inventario stesso; e ciò non indistintamente riguardo a tutti i mobili, ma riguardo alla mobilia soltanto, escluse le mercanzie che hanno un prezzo conosciuto. Non deve però dirsi lo stesso del donatario reciproco; nessuna legge l'obbliga a vendere i beni compresi nella donazione di cui ha diritto di godere, e perciò non deve essere soggetto ad una tal pena. La sola cosa che può fare l'erede del predefunto, allorchè si lagna della stima, si è di chiederne una nuova a sue spese, fatta da periti scelti dalle parti. Così determina l' articolo 288 dello Statuto di Parigi, che dice: « L' erede può domandare contro al donatario, che sia fatta una nuova stima de' mobili, da persone convenute fra essi, onde sieno i detti mobili portati al loro giusto valore diverso da quello stabilito nell' inventario; e ciò facendo, il donatario avrà il godimento dei detti mobili, senza che sia tenuto a farli vendere ».

Si deve estendere agli Statuti che

(1) Parisis era l' indicazione della antica moneta coniata a Parigi, che valeva un quarto di più di quella di Tours; da ciò nacque che l' aumento del quarto sul prezzo di stima portato nell' inventario fu detto Parisis. *Edit.*

non si sono spiegati su tal punto, la disposizione di quest' articolo, che è conforme all' equità, e che essendo stato aggiunto nella riforma dello Statuto, sembra essere stata formata sulla giurisprudenza, che allora praticavasi.

Lo Statuto non ha indicato a spese di chi debba farsi la nuova stima. Si può dire, che la stima dell' inventario, essendo stata fatta giuridicamente, e dovendo, rigorosamente parlando, far legge per le parti, questa nuova stima è una grazia accordata all' erede del predefunto, e deve quindi farsi a sue spese. Ciò deve specialmente avere luogo allorchè questa nuova stima è presso a poco conforme a quella già fatta: mentre in tal caso l' erede ebbe torto di domandarla. Ma se la nuova stima eccede considerabilmente quella dell' inventario, in questo caso essendo stata necessaria per rendere alle parti la giustizia loro dovuta, l' equità sembra richiedere che le spese sieno poste tra quelle d' inventario.

214. Se il donatario reciproco crede che i mobili sieno valutati un prezzo eccessivo nell' inventario, può fare, poco tempo dopo la compilazione dell' inventario, una vendita pubblica de' mobili, chiamandovi l' erede del predefunto; ed in questo caso non si ha più riguardo alla stima dell' inventario, ed il donatario, dopo l' estinzione dell' usufrutto, è tenuto a restituire soltanto la somma spettante all' erede del predefunto sul prezzo della vendita, dedotte le spese.

Bisogna perciò che il donatario reciproco faccia una vendita, o di tutti i mobili della comunione, allorchè non ne è stata fatta divisione alcuna tra lui e l' erede del predefunto, o di quelli caduti nella porzione dell' erede, allorchè sono stati divisi; ma non sarebbe ammesso a ricusare la stima fatta nell' inventario, vendendo certi mobili che credesse portati a troppo alto prezzo, e ritenendo pel valore stabilito gli altri che credesse stimati ad un prezzo inferiore; bisogna che egli o li venda tutti, o li paghi tutti secondo la stima.

215. Il donatario reciproco ha questo diritto di quasi-usufrutto, non solo riguardo alle cose che si consumano intieramente coll' uso, come sono le biade, i vini, ed altre cose *quae in quantitate consistunt*, e che non sono suscettibili dell' usufrutto propriamente detto; ma anche riguardo agli altri mobili, che rigorosamente parlando potrebbero essere suscettibili di un usufrutto propriamente detto, come sarebbe, per esempio, la mobilia. Quindi il donatario reciproco non sarebbe ammesso a pretendere d' avervi un diritto di usufrutto propriamente detto, ed a volere per conseguenza godere di questi mobili coll' obbligo di restituirli in natura. La ragione si è, che queste cose perdono troppo con un lungo uso, sia per la diminuzione intrinseca, che ha luogo usandone, sia per la diminuzione estrinseca, cioè per la diminuzione del prezzo che possono apportarvi i cangiamenti di moda.

Quest' opinione sembra esser prevalsa in pratica, contro quella di alcuni autori citati da Le-Maitre, i quali hanno opinato che il donatario reciproco doveva essere ammesso a restituire in natura le cose, che, sebbene mobiliari, non si consumano coll' uso, e sono suscettibili dell' usufrutto propriamente detto.

216. Riguardo ai debiti attivi, il diritto del donatario reciproco consiste nella facoltà ch' egli ha di farsene pagare dai debitori, coll' obbligo di restituire, dopo spirata la donazione reciproca, all' erede del predefunto o a' suoi rappresentanti, la parte spettante al detto erede in ciò ch' ei ne ha ricavato.

Egli è anche tenuto a render conto di ciò che ha mancato di percepire per sua colpa; e si reputa che abbia mancato di percepire per sua colpa, allorchè non prova di aver usata qualche diligenza per costringere i debitori.

Non si deve però esiger da lui, che abbia intieramente escussi i beni dei debitori; basta ch' egli abbia agito come un padre di famiglia, che abbia cura de' suoi affari; e quando si prova che ha cominciato qualche procedura contro ai debitori poco tempo dopo la scadenza de' termini stabiliti al pagamento, si deve facilmente presumere che se non le ha continuate, ciò fu pel suo maggiore interesse.

217. Riguardo ai debiti riconosciuti caduchi nell' inventario, è tenuto soltanto a render conto di ciò che gliene è pervenuto senza che si possa imputargli di aver mancato di agire contro ai debitori; mentre si presume che ciò sarebbe stato cagione d'inutili spese.

La dichiarazione fatta nell' inventario, che un debito è caducò, può bensì farlo presumer tale, e dispensare il donatario reciproco dall' obbligo di provare, mediante le azioni da lui intentate, l'insolvibilità del debitore. Ma se è provato che un tale debito non venne pagato per colpa del donatario, questi non lascia di esserne responsabile; per esempio, nel caso in cui apparisse dalla graduazione fatta per la distribuzione del prezzo di uno stabile ipotecato a questo debito, che il donatario reciproco avrebbe potuto esser graduato utilmente, se avesse fatta alla sentenza l'opposizione che ha mancato di fare.

218. Allorchè tra gli effetti, di cui trovasi composta la comunione al tempo della morte del conjuge predefunto, avvi una rendita vitalizia su la vita del conjuge superstite donatario reciproco, la metà di questa rendita, che appartiene all'eredità del predefunto, e di cui il superstite deve godere in conseguenza della donazione reciproca, è una cosa, che non è suscettibile dell'usufrutto propriamente detto nella persona del superstite su la cui vita è costituita, essendo impossibile *per rerum naturam*, ch'egli possa goderne durante la sua vita, *salva rei substantia*, poichè questo usufrutto si estingue intieramente colla sua morte. Il superstite donatario reciproco può dunque avere, nella metà di questa rendita che appartiene all'eredità del predefunto, solamente un diritto di quasi-usufrutto, pari a quello che ha luogo per le cose *quae usu consumuntur*. Quindi secondo ciò che si è osservato riguardo al quasi-usufrutto, *Instit. tit. de usufruc.* § 3, la metà di questa rendita vitalizia, che appartiene agli eredi del predefunto, debb' essere rilasciata al superstite donatario reciproco, previa stima della detta rendita, per la metà che appartiene ai detti eredi, avuto riguardo alla età, ed alla complessione del temperamento del donatario su cui è costituita; coll' obbligo in lui di restituire, dopo l'estinzione dell'usufrutto, la somma a cui ascenderà la stima.

Il nostro principio però non è ammesso generalmente, poichè molti pretendono invece che in questo caso non si debba fare stima alcuna, ma che dopo la morte del donatario i suoi eredi debbano restituire agli eredi del predefunto tutte le annualità da lui percepite nel tempo che il suo usufrutto è durato, mentre le dette annualità, secondo essi, non appartengono al donatario, il quale ha soltanto il diritto di godere durante la sua vita delle somme, che riceve per queste annualità. Questa opinione è contraria alle idee che noi ci siamo formate della rendita vitalizia, da noi riguardata come un diritto che ha un ente morale ed intellettuale, che ha la natura d' immobile, e distinto dalle annualità, che produce, le quali si considerano come se ne fossero i frutti; e che non differisce dalla rendita perpetua, se non perchè questa è perpetua mentre l'altra deve finire, essendo la sua durata limitata al tempo della vita della persona su la cui testa è costituita.

219. Quando, fra i beni della comunione, di cui il superstite deve godere l'usufrutto, si trovi, al tempo della morte del conjuge predefunto, un diritto di rendita vitalizia costituita su la vita di un terzo, questo diritto essendo una specie d'immobile, che è in verità di sua natura soggetto a perire, ma che può durare più della vita del donatario reciproco come può durare anche meno, ciò mi sembra bastare acciocchè il superstite donatario possa avere un usufrutto, propriamente detto, della metà di questa rendita vitalizia appartenente all'eredità del predefunto. La proprietà di questo diritto di rendita, che rimane all'erede del predefunto per la sua metà, la quale comprende il diritto e la speranza di rientrare nel godimento di questa rendita qualora il donatario muoja mentre la rendita sussista ancora, è una cosa reale e separabile dall' usufrutto

che il donatario reciproco ha della metà di questa rendita. Se tale rendita poi viene ad estinguersi durante la vita del donatario reciproco per la morte della persona su la cui vita era costituita, egli non è tenuto a restituir cosa alcuna all'erede del predefunto, che ne era rimasto proprietario per metà, in quella stessa guisa che colui, che gode dell'usufrutto di un fondo soggetto a riversione, non è tenuto a restituir cosa alcuna a colui che ne era il proprietario, quando il tempo della riversione è giunto durante l'usufrutto.

CAPITOLO VI.

Dei pesi della donazione reciproca.

Lo Statuto di Parigi dichiara, negli articoli 286 e 287, quali sieno i pesi della donazione reciproca; e questi articoli costituiscono il diritto comune per quegli Statuti che non si sono su tal materia spiegati.

ARTICOLO PRIMO.

Dei pesi della donazione reciproca enunciati nell' articolo 286 *dello Statuto di Parigi.*

220. Quest' articolo è così concepito : « Il donatario reciproco è tenuto ad anticipare, ed a pagare le esequie e funerali del conjuge predefunto, ed insieme la parte e metà dei debiti comuni dovuti dal predefunto istesso ; le quali esequie e funerali, e metà dei debiti, debbono esser dedotte dalla parte e porzione del detto predefunto; egli non è però tenuto a pagare i legati e le altre disposizioni testamentarie ».

Lo Statuto dice, *pagare ed anticipare*. Il donatario reciproco infatti avendo il solo usufrutto della parte del predefunto ne' beni della comunione, non debb' essere tenuto, che ad anticipare il pagamento dei debiti e pesi di cui questa parte è gravata durante il tempo che dura il suo usufrutto ; quindi, dopo spirato tale godimento, gli eredi del donatario reciproco possono ritenere su i beni, che debbono restituire agli eredi del predefunto, tutto ciò che il donatario reciproco ha sborsato per le dette anticipazioni.

221. La prima cosa che con questo articolo lo Statuto obbliga il donatario reciproco ad anticipare, sono le spese funerarie del predefunto. Egli è obbligato ad anticiparle pel totale, poichè non sono un peso comune, ma un peso dell' eredità del predefunto.

La somma, che l'erede del marito predefunto deve alla vedova pel suo lutto, fa parte di queste spese funerarie, che essa, nella sua qualità di donataria reciproca, è tenuta ad anticipare; quindi la somma, a cui verrà fissato il suo lutto, non può essere richiesta durante la sua vita; ma sarà ritenuta dai suoi eredi sui beni, che restituiranno agli eredi del predefunto.

222. La seconda cosa, che lo Statuto, con quest' articolo, obbliga il donatario reciproco ad anticipare, è *la parte e metà dei debiti comuni dovuti dal predefunto istesso*.

Lo Statuto, in quest'articolo, parla soltanto dei debiti mobiliari della comunione ; nell' articolo seguente determina a che debba esser tenuto il donatario reciproco riguardo alle rendite dovute dalla comunione, e perciò ne tratteremo anche noi nell'articolo seguente.

Lo Statuto dice *la parte e metà*, poichè suppone il caso ordinario in cui ciascuno de'conjugi abbia diritto alla metà de' beni della comunione. Ma se per una clausola del contratto di matrimonio, il predefunto avesse diritto ad una parte minore de' beni comuni, *puta* ad un terzo, la porzione del predefunto sarebbe in questo caso gravata soltanto di un'eguale parte di debiti, di cui il donatario reciproco sarebbe tenuto ad anticipare il pagamento.

223. Lo Statuto colle parole, *la parte e metà dei debiti comuni*, dichiara abbastanza, che non incarica il donatario di anticipare il pagamen-

to di verun altro debito dell'eredità, se non se quelli della comunione; il donatario reciproco non è quindi in alcun modo tenuto agli altri.

Per questa ragione infatti lo Statuto, nell' *art.* 257, decide che la moglie donataria reciproca non soffre su la sua donazione *nè diminuzione nè confusione alcuna*, riguardo a ciò che venne stabilito nel contratto di matrimonio essere a lei dovuto allorchè sopravviva al marito, quando consista in *una somma di danaro da pagarsi una sola volta*. La ragione si è, che questo è un debito mobiliare della eredità del predefunto, e non un debito della comunione.

Ciò ha luogo quand' anche il predefunto non avesse lasciati altri beni che quelli della comunione, di cui sua moglie deve godere a titolo di donazione reciproca; ella ha diritto anche in questo caso di esiger subito la detta somma dall' erede del marito, ch' è succeduto nella nuda proprietà dei beni. L' annotatore di Duplessis cita una decisione del 1697, colla quale venne così giudicato. Per la stessa ragione, supposto che una moglie nel suo contratto di matrimonio abbia fatto donazione a suo marito di tre mila lire da prendersi su tutti i suoi beni, ed in seguito, i conjugi si sieno fatta una donazione scambievole, ed il marito abbia sopravvissuto, egli ha diritto d' esiger subito dagli eredi della moglie le tre mila lire, che questa si è obbligata a dargli dopo la sua morte, senza che sia obbligato a farne alcuna confusione, nè diminuzione su la sua donazione reciproca; poichè questo debito di tre mila lire, a cui è tenuta l' eredità di sua moglie verso di lui, non essendo un debito della comunione, non può essere in alcun modo a suo carico

224. Sebbene il donatario reciproco non sia tenuto in alcun modo ai debiti proprj del predefunto, nulla di meno prima che sia stata rilasciata al donatario reciproco la parte del predefunto ne' beni della comunione di cui egli deve godere, i creditori de' suddetti debiti proprj possono sequestrare questa parte e farla vendere, salvo al donatario reciproco il suo regresso contro agli eredi del predefunto, per esser indennizzato. Ma dopo che il donatario reciproco venne investito della parte suddetta, i creditori non sono più in tempo di pignorarla, non potendo i mobili essere sequestrati nelle mani de' terzi; quindi possono soltanto sequestrare nelle mani del donatario reciproco la somma che deve essere restituita all' erede dopo la estinzione della donazione reciproca. Tale è il parere di Duplessis.

225. Fra i debiti della comunione cui soggiace la parte del predefunto e che il donatario reciproco è tenuto ad anticipare, debbonsi comprendere tanto quelli contratti dopo la donazione, quanto quelli contratti antecedentemente.

Parimenti vi si debbon comprendere non solo i debiti di cui la comunione è debitrice verso i terzi, ma anche quelli di cui la comunione è debitrice verso ciascuno de' conjugi. Quindi tanto il superstite quanto gli eredi del predefunto debbono prelevare dalla massa de' beni della comunione tutto ciò che debbono prelevare su la comunione medesima. La donazione scambievole consiste soltanto nella parte spettante al predefunto nella detta massa dopo eseguite tali deduzioni; e se queste assorbissero intieramente la massa, cosicchè non rimanesse cosa alcuna, la donazione sarebbe ridotta a zero.

Da ciò segue, come ha benissimo osservato Duplessis, che quando avvi una donazione reciproca, le prededuzioni, che ciascuna parte ha diritto di fare sui beni della comunione, non debbono compensarsi l' una coll' altra sino alla debita concorrenza.

Si osservi, che ciascuna parte ha diritto soltanto di prelevare l' ammontare de' crediti che ha verso la comunione, deducendo prima la somma di cui è debitrice verso la comunione stessa; poichè *per rerum naturam*, io non sono vero creditore di ciò che mi è dovuto, se non dopo aver dedotto ciò di cui sono debitore.

226. Quando il conjuge predefunto ha lasciato eredi di diverse specie, uno pe' mobili ed acquisti, un altro pe' beni proprj, negli Statuti, come

quello di Parigi e di Orleans, che fanno contribuire l'erede de' beni proprj coll'erede de' mobili ed acquisti alle spese funerarie del defunto ed a tutti i debiti, di qualunque natura si sieno, tanto comuni quanto non comuni, si fa questione se in questo caso il donatario reciproco debba anticipare la totalità delle spese funerarie ed il totale della parte dei debiti della comunione, di cui la porzione del predefunto è gravata, siccome vi è obbligato giusta l'articolo surriferito; o se debba anticipare quella parte soltanto a cui è tenuto l'erede dei mobili ed acquisti, e non quella a cui è tenuto l'erede de' beni proprj. Per sostenere che il donatario è tenuto ad anticipare soltanto la porzione, a cui è tenuto l'erede de' mobili ed acquisti, si dice che la donazione reciproca esercitandosi soltanto sui beni cui succede l'erede de' mobili ed acquisti, deve anticipare soltanto la porzione che è a carico di quest' erede; e non si deve obbligarlo ad anticipar quella cui è tenuto l'erede de' beni proprj, poichè la donazione reciproca non toglie cosa alcuna a quest' erede.

Non ostante tali ragioni si deve decidere, che il donatario reciproco deve anticipare il totale delle spese funerarie del predefunto, e l'intiera porzione dei debiti della comunione cui l'eredità del predefunto è tenuta. La ragione si è, che lo Statuto, nell'articolo surriferito, obbliga il donatario reciproco ad anticipare queste cose, non per ciò che ne sono tenuti certi beni dell'eredità, ma per ciò cui è tenuta tutta l'eredità in generale. La ripartizione che lo Statuto stesso ne fa tra i diversi eredi, è una cosa che riguarda soltanto questi eredi. Se con questa ripartizione l'erede de' mobili ed acquisti è scaricato di una parte dei debiti della comunione, di cui viene gravato l'erede de' beni proprj, egli è invece gravato di una parte dei debiti proprj. Ma questa ripartizione non riguarda che i diversi eredi fra loro, ed è una cosa estranea al donatario reciproco, che non deve cangiare in alcun modo nè diminuire le sue obbligazioni in generale verso l'eredità del predefunto riguardo alle quali lo Statuto ha seguito regole diverse da quelle che ha adottate per la ripartizione dei debiti fra i diversi eredi.

In quanto poi alla fatta obiezione, che la donazione reciproca dovendo esercitarsi intieramente sui beni, nei quali succede l'erede de' mobili ed acquisti, non togliendo cosa alcuna all'erede de' beni proprj cui succede, il donatario reciproco non deve esser tenuto a fare l'anticipazione cui l'obbliga lo Statuto, senonchè per la porzione spettante all'erede de' mobili ed acquisti, e non deve anticipar cosa alcuna per l'erede de' beni proprj; io rispondo che l'anticipazione, cui lo Statuto obbliga il donatario reciproco, dovendo farsi coi beni compresi nella donazione, sui quali questa anticipazione deve essere ritenuta per intiero al momento della restituzione della detta donazione allo erede de' mobili ed acquisti, che è succeduto nella proprietà dei detti beni, il donatario reciproco facendo questa anticipazione la fa intieramente per l'erede de' mobili ed acquisti. Quest' anticipazione facendosi co' beni nella proprietà de' quali è succeduto quest' erede, si reputa che questo erede abbia pagato egli stesso il totale delle spese funerarie, e l'intiera porzione dei debiti comuni cui è tenuta l'eredità, mediante l'anticipazione fattane dal donatario reciproco, al quale egli deve accordarne la deduzione allorchè si estingue la donazione reciproca; quindi subito dopo fatta questa anticipazione dal donatario, l'erede de' mobili ed acquisti può ripetere dall' erede de' beni proprj la porzione che questi deve contribuire per le spese funerarie e pei debiti della comunione, come se l'erede de' mobili ed acquisti gli avesse pagati egli stesso.

227. Oltre alle spese funerarie ed alla parte dei debiti della comunione cui è tenuta l'eredità del predefunto, il donatario reciproco è obbligato pur anche ad anticipare le spese di inventario e di liquidazione, per quanto vi è soggetta la porzione del predefunto ne' beni della comunione.

228. Lo Statuto aggiunge in fine dell' articolo che il donatario reciproco *non è tenuto a pagare i legati e le altre disposizioni testamentarie.*

Ciò nasce dalla natura stessa della donazione reciproca; il carattere d' irrevocabilità che l' è essenziale, come abbiam veduto *supra*, non permette, che sia in facoltà dei donanti di cambiare o diminuirne l' effetto con legati, che il donatario fosse tenuto ad anticipare.

Si opporrà forse che i conjugi possono, dopo la donazione, contrarre dei debiti che il donatario è tenuto ad anticipare, come abbiam veduto *supra*. Perchè, si dirà, non potranno parimenti obbligare il donatario alla anticipazione di que' legati che stimeranno opportuno di fare? La ragione di una tal differenza è sensibile. I debiti che il conjuge predefunto ha contratti mentre viveva, dopo la donazione reciproca, non ne hanno cangiato nè diminuito l' effetto, poichè il predefunto ha donato soltanto l' usufrutto de' beni che avrà all' epoca della sua morte: ed i beni che gli appartengono all' epoca della sua morte, consistono soltanto in ciò che rimane dopo pagati i debiti da lui contratti mentre vivea, *quia bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*. Il donatario reciproco adunque, anticipando co' beni del predefunto il pagamento dei debiti suddetti, e godendo del rimanente, gode di tutto ciò che gli è stato donato; il predefunto contraendo questi debiti non ha in alcun modo cangiato nè diminuito l'effetto della sua donazione: ma non può dirsi lo stesso riguardo ai legati. Questi essendo dovuti soltanto dopo la morte del testatore dalla sua eredità e non mai dal testatore stesso, pagandosi dopo la sua morte con un distacco che si fa dai beni che ha lasciati (perchè chiamasi *delibatio haereditatis*), il donatario soffrirebbe una diminuzione in ciò che gli è stato donato qualora fosse obbligato ad anticiparli, poichè il predefunto gli ha donato l' usufrutto di tutti i beni comuni, che a lui apparterranno all'epoca della sua morte; e quindi il predefunto con questi legati avrebbe cangiato e diminuito l' effetto della donazione.

229. Il donatario reciproco non essendo obbligato di anticipare i legati, ciò dà luogo alla questione se, nel caso in cui il predefunto non lasci altri beni, che quelli della comunione, dei quali il donatario reciproco ha l' usufrutto, i legatarj possano esigere subito i loro legati dall' erede, ch' è succeduto soltanto nella nuda proprietà, o debbano attendere l' estinzione dell' usufrutto del donatario reciproco. La decisione dipende dalla presunzione della volontà del testatore, poichè se il testatore non ha avuto la volontà di accordar questo termine, l' erede è tenuto o a pagare il legato subito dopo la morte del testatore, o ad abbandonare ai legatarj la nuda proprietà nella quale è succeduto.

Si deve facilmente presumere che sia stata volontà del testatore di accordare questo termine: ma non si deve però formare una regola generale, poichè vi sono delle circostanze che possono far presumere il contrario; *puta*, se il legato fosse di una rendita vitalizia fatta ad un vecchio, specialmente qualora fosse fatto pe' suoi alimenti. Non è presumibile in questo caso, che il testatore abbia voluto, che il legatario goda del suo legato soltanto dopo la morte del donatario reciproco, che è forse più giovine di lui.

230. La disposizione dello Statuto di Parigi, che non obbliga il donatario reciproco di anticipare ciò che è necessario all' adempimento delle disposizioni testamentarie del predefunto, essendo conforme ai principj su la natura del dono reciproco, forma a questo riguardo il diritto comune per tutti quegli Statuti che non si sono spiegati su questo punto. Alcuni Statuti, però, come quelli di Sens, di Laon, di Châlons, del Borbonese, ec. si sono allontanati dal diritto comune, ed obbligano il donatario reciproco ad adempiere il testamento del predefunto, co' beni compresi nella donazione reciproca.

Ciò però deve intendersi soltanto de' legati modici, avuto riguardo alla quantità ed al valore de' beni compresi nella donazione reciproca.

231. In questa varietà di disposizioni, su la questione, se il donatario reciproco debba o no esser tenuto ad anticipare ciò che è necessario per l' adempimento del testamento del defunto, lo Statuto che regola i beni compresi nella donazione reciproca è

quello che deve decidere se il donatario vi debba o non vi debba esser tenuto.

Quindi il mobiliare compreso nella donazione essendo soggetto allo Statuto del luogo del domicilio de' conjugi, ed i coacquisti allo Statuto del luogo in cui essi sono situati, il donatario reciproco sarà tenuto a questo peso, qualora ve lo assoggetti lo Statuto del luogo in cui i conjugi aveano il loro domicilio allorchè fu fatta la donazione scambievole, e lo Statuto del luogo in cui sono situati i coacquisti.

Egli vi sarà tenuto quand' anche dopo la donazione i conjugi avessero trasferito il loro domicilio sotto ad uno Statuto diverso, che non imponga questo carico al donatario; poichè tal donazione essendo un atto tra vivi che riceve la sua perfezione all' epoca in cui è stipulato, le parti non possono col loro fatto, cangiando domicilio, cangiare i pesi e le condizioni della donazione.

Così, *vice versa*, se lo Statuto del luogo in cui i conjugi avevano il loro domicilio in tempo della donazione, e del luogo in cui sono situati i coacquisti, non impone al donatario reciproco il peso dell' adempimento del testamento del predefunto, la traslazione di domicilio sotto ad uno Statuto che impone questo peso al donatario, non potrà assoggettarvelo.

232. Se lo Statuto che regola il mobiliare compreso nella donazione reciproca impone al donatario il peso dell' adempimento del testamento del predefunto, e che d' altronde sia nella classe degli Statuti che gravano il mobiliare dell' eredità del peso di tutti i debiti mobiliari, non importa il sapere la disposizione degli Statuti in cui sono situati i coacquisti che fanno parte della donazione reciproca, relativamente all' adempimento del testamento del donante; il donatario reciproco, nella sola sua qualità di successore ne' mobili, è tenuto a pagarli.

Si può a questo proposito allegare la decisione del 27 aprile 1747 emessa dalla quarta camera de' ricorsi, con la quale venne giudicato a favore del principe Carlo erede de' beni proprj del sig. di Coislin contro al duca d' Estrissac, erede del mobiliare, che lo Statuto di Metz obbligando al pagamento di tutti i debiti mobiliari dell' eredità, il duca d' Estrissac ne era solo tenuto, sebbene esistessero de' beni proprj situati sotto a Statuti che ordinavano la ripartizione dei debiti di una eredità, su tutte le diverse specie di beni dell' eredità, mentre lo Statuto non gli aveva accordato l' eredità mobiliare che sotto questa condizione.

Secondo il principio stabilito in questa decisione, se il mobiliare, che entra nella donazione reciproca, è soggetto ad uno Statuto che lo sottopone a tutti i debiti e pesi mobiliari, e che sia altresì nel numero di quelli che obbligano il donatario reciproco all' adempimento del testamento, si dee parimenti decidere che il donatario reciproco debba esservi tenuto pel totale, qualunque sieno le disposizione degli Statuti in cui sono situati i coacquisti, riguardo all' obbligo di adempire il testamento.

233. Fuori di questo caso, quando i beni, che entrano nella donazione reciproca, sono soggetti a differenti Statuti, alcuni de' quali impongono al donatario reciproco il peso di anticipare ciò che è necessario per la esecuzione del testamento, ed altri lo liberano da questo peso, egli debbe esser tenuto ad una parte di questo peso, che sia nella stessa proporzione del valore de' beni soggetti agli Statuti, che impongono questo peso, alla totalità de' beni compresi nella donazione. Se, per esempio, la totalità de' beni donati ascende a trenta mila lire, e ve ne sieno venti mila soggetti a Statuti che impongano questo peso al donatario, e dieci mila soggetti a Statuti che lo liberano da tale peso, egli vi sarà tenuto soltanto pe' due terzi.

234. Ci resta ad osservare che quando la donazione reciproca non comprende la parte intiera del predefunto ne' beni della comunione, ma una porzione soltanto di questa parte, il donatario reciproco è tenuto ai pesi del dono reciproco solamente per questa porzione.

Per la stessa ragione, se il dono reciproco comprende il solo mobiliare della comunione e non i coacquisti, *aut vice versa*, e che il mobiliare non sia regolato da uno Sta-

tuto che lo assoggetti a tutti i debiti, e non faccia che il terzo de' beni della comunione, il donatario reciproco di questo mobiliare non sarà tenuto che per un terzo ai pesi della donazione reciproca; egli quindi anticiperà solamente un terzo delle spese funerarie del predefunto, ed un terzo della metà de' debiti della comunione, a cui l' eredità del predefunto è tenuta.

ARTICOLO II.

Degli altri pesi della donazione reciproca, stabiliti nell' art. 287 *dello Statuto di Parigi.*

235. Quest' articolo è così concepito: « Colui che vuol godere del dono reciproco, è tenuto *parimenti* a far eseguire le riparazioni da farsi agli stabili soggetti al detto dono reciproco; a pagare i censi e pesi annui, e le annualità, tanto de' canoni, che delle altre rendite costituite durante la comunione, scadute dopo il godimento del detto dono reciproco, senza speranza di riaverle ».

I pesi che questo articolo impone al donatario reciproco, sono quelli a cui tutti gli usufruttuarj sono tenuti per natura stessa del diritto di usufrutto; quindi la disposizione di questo articolo debb' esser riguardata come costituente il diritto comune in tutti quegli Statuti che non si sono spiegati su di un tal punto. Noi tratteremo di ciascuno di questi pesi separatamente.

§ 1. *Del peso di fare le debite riparazioni agli stabili compresi nella donazione reciproca.*

236. L' articolo dice: *Che il donatario debbe far eseguire le riparazioni, ec.* Ciò è conforme ai principj di diritto; *Eum ad quem ususfructus pertinet, sarta tecta suis sumptibus praestare debere, explorati juris est*; *l.* 7, *Cod, de usuf. Quoniam omnis fructus rei ad eum pertinet, reficere quoque eum aedes per arbitrum cogi*; *l.* 7, § 2, *ff. d. tit*

Quest' obbligo delle riparazioni, che lo Statuto impone al donatario reciproco, non è una semplice anticipazione; e l' erede del predefunto, all' epoca della restituzione de' beni compresi nel dono reciproco dopo la estinzione dell' usufrutto del donatario, non è tenuto a farne deduzione alcuna, come risulta dalle parole poste in fine all' *art.* 287, *senza speranza di riaverli*, che sono relative non solo al pagamento de' censi e rendite, ma anche a tutto il resto che è contenuto nell' articolo.

La ragione si è, che l' obbligo delle riparazioni, che sono necessarie a farsi durante il tempo dell' usufrutto del donatario, è un peso del godimento de' beni compresi nel dono reciproco, piuttosto che della proprietà dei beni stessi; esse sono *onera fructuum.* L' erede del predefunto, a cui non si restituisce il godimento de' beni compresi nel dono reciproco, ma solamente la proprietà, non può essere obbligato a tener conto di ciò che le dette riparazioni sono costate al donatario.

237. Si osservi in primo luogo, riguardo alle riparazioni a cui lo Statuto con questo articolo assoggetta il donatario reciproco, che non lo sottopone indistintamente a tutte le riparazioni necessarie durante il corso del suo usufrutto, ma soltanto alle riparazioni vitalizie, che chiamansi anche altrimenti riparazioni usufruttuarie, e non a quelle che diconsi grandi riparazioni.

Per sapere quali sieno le riparazioni usufruttuarie, e quali quelle che diconsi grandi riparazioni, a cui gli usufruttuarj non sono tenuti, veggasi ciò che abbiam detto nel nostro *Trattato della Comunione*, *n.* 271 e 272.

Avvi un caso in cui il donatario reciproco debb' essere gravato anche delle grandi riparazioni, senza che l' erede del predefunto sia tenuto a tenerne conto dopo spirato l' usufrutto del donatario, ed è quando derivano da colpa del donatario stesso, il quale ha trascurato la manutenzione de' beni compresi nella donazione, non facendovi le piccole riparazioni che era obbligato a farvi; egli è tenuto in questo caso alle grandi riparazioni, quasi in risarcimento dei danni ed interessi risultanti dall' ina-

dempimento della obbligazione da lui contratta di godere da buon padre di famiglia.

Ma quando le grandi riparazioni derivano da vetustà, e da qualche accidente di forza irresistibile, per esempio da un terremoto, da un oragano e simili, il donatario reciproco non vi è tenuto.

238. Da ciò nasce la questione, se il donatario reciproco, non essendo gravato dell' obbligo di fare le grandi riparazioni necessarie agli stabili compresi nel dono reciproco, possa obbligare il proprietario a farle. Ulpiano sembra decidere per la negativa nella legge 7, § 2, *de ususf.*, in cui dice: *Si qua vetustate corruissent, neutrum cogi reficere. Neutrum*, cioè nè l' usufruttuario, perchè non è tenuto alle grandi riparazioni, nè il proprietario, poichè per sua natura il diritto di usufrutto, al pari di tutti gli altri diritti di servitù, non consiste nell' obbligare il proprietario a far cosa alcuna, ma soltanto nello obbligarlo a soffrire che l' usufruttuario goda: *Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, sed ut patiatur aut non faciat*; *l.* 15, § 1, ff. *de servitut.*

Nulla di meno io credo che il donatario reciproco abbia diritto di pretendere dall' erede del predefunto proprietario della cosa, ch' egli sia tenuto a fare queste riparazioni, a meno che preferisca d' abbandonare la sua nuda proprietà: la ragione si è, che il rifiuto ch' ei fa d' eseguir queste riparazione, ch' egli non trascurerebbe di eseguire se la cosa non fosse gravata di usufrutto, nasce dal conoscere che il donatario sarà in necessità di farne l' anticipazione per poter godere della cosa, che altrimenti non sarebbe servibile. Quindi se non si obbligasse l' erede del predefunto a fare queste riparazioni, si lascerebbe a lui una via indiretta per accrescere i pesi del donatario, imponendogli l' obbligo di anticipare le grandi riparazioni; obbligo che non gli è stato imposto colla donazione a lui fatta.

La cosa sarebbe altrimenti se la casa fosse intieramente perita, *puta* per un incendio, o per qualche altro accidente. Il rifiuto che il proprietario fa di fabbricar questa casa, che forse non ricostruirebbe neppure qualora non fosse gravata di usufrutto, non potendo in questo caso sospettarsi di esser fraudolento, fa sì che non si possa costringerlo a rifabbricarla; di questo caso devesi intendere il detto di Ulpiano, *Si qua vetustate corruissent, neutrum cogi reficere.*

Quindi se non istima opportuno di rifabbricare la casa, è tenuto soltanto a levarne i rottami, che impedissero all' usufruttuario di godere dell' area.

239. Il donatario reciproco e gli altri usufruttuarj non sono per verità tenuti ad eseguire le grandi riparazioni, che diventano necessarie, durante il corso del loro usufrutto; ma il proprieterio, che le ha fatte a sue spese, non avrebbe diritto di domandare all' usufruttuario che gli paghi l' interesse della somma, che gli sono costate, per tutto il tempo che dura il suo usufrutto, sino alla concorrenza di quanto tali riparazioni accrescono il suo godimento? Per l' affermativa si dice, che il proprietario della casa, che fa queste grandi riparazioni per la conservazione della casa stessa, agisce bensì pel suo proprio interesse, *proprium negotium gerit*; ma nel fare il suo proprio interesse fa anche quello dell' usufruttuario, a cui procura, facendo queste riparazioni, il vantaggio del godimento della casa che altrimenti gli sarebbe infruttuosa. Questo usufruttario è dunque obbligato, *obligatione negotiorum gestorum non quidem directa, sed utili*, verso il proprietario che ha fatte queste spese, a contribuirvi in proporzione di ciò che ne profitta; e siccome il proprietario, che ha fatte queste spese, deve profittarne soltanto dopo la estinzione dello usufrutto, e l' usufruttuario deve averne tutto il vantaggio durante il suo usufrutto, così egli deve pagare, durante questo tempo, l' interesse delle somme che sono costate le riparazioni. Questa obbligazione nasce dalla regola d equità, che colui che partecipa del vantaggio deve partecipare anche de' pesi: *Qui sentit commodum, debet sentire onus.*

Si aggiunge inoltre che a questo proposito avvi una gran differenza tra un inquilino ed un usufruttuario,

il proprietario è precisamente obbligato a far godere al suo inquilino della casa locata, e per conseguenza è obbligato a fare le grandi riparazioni, senza le quali non potrebbe fargli godere la casa, nè per conseguenza esigere da lui pigione alcuna. Il proprietario adunque, facendo queste grandi riparazioni, non agisce che pel suo interesse, e fa soltanto ciò che è tenuto di fare verso l' inquilino; ma il proprietario non è obbligato precisamente a far godere l' usufruttuario, ma solamente a soffrire che goda della cosa nello stato in cui si trova, ed in quanto può goderne.

Non ostante tali ragioni bisogna decidersi per la negativa. Non si debbono imporre all' usufruttuario pesi maggiori di quelli che la legge gli ha imposti: la legge avendo imposto allo usufruttuario le piccole riparazioni soltanto, egli non debb' essere in alcun modo tenuto alle grandi. Quindi il proprietario non può aver diritto di esiger da lui l' interesse della somma che queste gli sono costate.

240. La seconda osservazione, che deve farsi riguardo alle riparazioni che l' *art.* 287 impone al donatario reciproco, si è che l' obbliga solamente a quelle divenute necessarie durante il tempo del suo usufrutto. Riguardo a quelle che dovevano già farsi prima che il donatario entrasse in possesso, questi deve farne soltanto l' anticipazione, salvo il diritto di ritenere la somma ch' egli avrà anticipata per farle, sui beni compresi nella donazione, al momento in cui ne verrà fatta la restituzione dopo estinto l' usufrutto.

Egli deve per conseguenza, prima di entrare nel godimento del dono reciproco, fare eseguire da periti nominati da lui e dall' erede del predefunto, una visita e stima delle riparazioni necessarie a farsi.

In ciò il donatario reciproco è differente dalla moglie usufruttuaria dei beni del suo defunto marito, in conseguenza di una clausola del contratto di matrimonio, la quale può obbligare gli eredi del marito a fare tutte le riparazioni necessarie agli stabili soggetti al vedovile al momento in cui ha luogo il vedovile istesso. La ragione di questa differenza si è, che il marito contrae col matrimonio l' obbligazione verso sua moglie di farla godere dopo la sua morte degli stabili ch' egli possiede al momento del matrimonio, e di quelli che gli perverranno in linea retta durante il matrimonio stesso. Egli dunque è debitore verso sua moglie di corpi certi; e la natura della obbligazione di dare corpi certi (sia che consista nel dovere dare la proprietà, sia che consista nel doverne dare soltanto l' usufrutto) richiede che quegli, che si obbliga a darli, contragga nello stesso tempo una obbligazione secondaria di conservarli e mantenerli in buono stato sino al momento della tradizione che ne deve fare, come abbiamo veduto nel nostro *Trattato delle Obbligazioni*, n. 142. Il marito dunque avendo, secondo questo principio, contratta verso sua moglie la obbligazione di mantenere in buono stato gli stabili soggetti al vedovile sino al momento in cui essa deve cominciare ad averne il godimento, l' erede del marito, ch' è a lui succeduto in questa obbligazione, è tenuto a fare tutte le riparazioni necessarie a questo oggetto. La donazione reciproca, al contrario, non comprendendo alcun corpo certo e determinato, ma soltanto la porzione del donante predefunto ne' beni della comunione che allora si troveranno, e nello stato in cui allora si troveranno, l' erede del predefunto non è succeduto in alcuna obbligazione di metterli in buono stato. Quindi l' obbligo delle riparazioni, che debbono farsi a' beni della comunione nel momento in cui si fa luogo alla donazione reciproca, è un peso di questi beni; ed il donatario reciproco è tenuto ad anticiparlo come qualunque altro peso della comunione.

§ 2. *Del pagamento dei pesi inerenti al fondo.*

241. Lo Statuto di Parigi, *art.* 288, dice: « Colui, che vuol godere del dono reciproco è tenuto a pagare i censi e pesi annui, e le annualità, tanto dei canoni quanto delle rendite costituite durante la comunione, scadute dopo

il godimento del detto dono reciproco.

Queste parole, *pesi annui*, non debbono intendersi *restrictive*, e quindi non liberano il donatario dal pagamento degli altri pesi, come sono le imposte della Chiesa, cui sono soggetti tutti gli stabili di una parrocchia per le riparazioni da farsi alla chiesa parrocchiale allorchè essa non ha il mezzo di supplirvi. Tali sono le imposte cui sono soggette tutte le case di un quartiere per le riparazioni da farsi al pozzo comune; tale è il peso della manutenzione del lastrico delle strade in quelle città nelle quali ciascuna casa vi è tenuta per quella porzione di strada che le è dinanzi, ed altri simili di cui gli usufruttuarj sono tenuti quatunque non sieno pesi annuali: *Si quid cloacarii nomine debeatur, vel si quid ad formam aquaeductus, qui per agrum transit, pendatur, ad onus fructuarii pertinebit; sed et si quid ad collationem viae, puto hoc quoque fructuarium subiturum; l.* 27, § 3, ff. *de usufr.*

242. Non avvi dubbio che il donatario reciproco non è tenuto a pagare il profitto di riscatto dovuto per la morte del donante; poichè questo profitto essendo dovuto dal momento della morte del predefunto, che ha investito il suo erede della sua porzione ne' beni feudali della comunione, è un peso, che ha preceduto il tempo del godimento del donatario reciproco al quale questi non può per conseguenza esser tenuto poichè è tenuto a quelli soltanto, che nascono durante il suo godimento.

243. Ma il donatario reciproco sarà tenuto a pagare il profitto di riscatto dovuto per la morte dell' erede del predefunto, che avvenisse durante il tempo del suo godimento? Io non credo che il donatario reciproco vi sia tenuto, sebbene questo profitto abbia avuto luogo durante il tempo del suo godimento; poichè questo riscatto è dovuto soltanto per rendere ereditarj i feudi ch' erano da prima personali, e pel prezzo dell' investitura, che il signore è obbligato di rilasciare al suo vassallo, e siccome il solo proprietario del feudo è quegli, che deve farsene investire, quindi spetta a lui piuttosto che all' usufruttuario l' obbligo di pagar questo riscatto.

244. Ma non si può dire lo stesso dei profitti di rilevio ad arbitrio, dovuti in certe censuazioni feudali della città di Orleans. Questi rilevi non essendo altro che semplici pesi inerenti ai fondi, quelli che sopravvengono durante il tempo del godimento del donatario reciproco, pel cambiamento de' proprietarj, sono da lui dovuti come lo sarebbero da tutti gli altri usufruttuarj.

Se noi abbiam detto, nel nostro *Trattato del Vedovile*, che la vedova usufruttuaria non vi era tenuta, ciò fu per una ragione a lei particolare. Veggasi quanto noi abbiam detto intorno a queste ricognizioni nello stesso Trattato, *n.* 235 *e seguenti.*

245. Secondo la decisione del Consiglio in data del 13 aprile 1713, i diritti feudali sono dovuti dagli usufruttuarj, i quali sono di qualità da esser soggetti a tali diritti. Vedasi il nostro *Trattato del Vedovile.*

246. Il centesimo dovuto per la morte del conjuge predefunto, è dovuto dal suo erede; e siccome egli non succede che nella nuda proprietà, così deve soltanto il centesimo del valore della nuda proprietà. Riguardo poi al centesimo dovuto per l' usufrutto del donatario reciproco, io credo che si usi di farlo pagare al momento del contratto; a me però sembrerebbe più equo il farlo pagare solamente al momento, in cui la donazione reciproca ha la sua esecuzione.

247. Lo Statuto, oltre ai pesi reali, sottopone il donatario reciproco all' obbligo di pagare anche le annualità delle rendite costituite durante la comunione, che decorreranno nel tempo del suo godimento; trovando equo, che il donatario reciproco, che percepisce tutti i frutti de' beni della comunione, paghi queste annualità, che sono un peso naturale dei detti frutti.

Il donatario reciproco, non essendo soggetto a restituzione alcuna dei frutti da lui percepiti, non deve pretendere alcuna restituzione delle annualità decorse durante il tempo del suo godimento, e ch' egli deve pa-

gare; perchè sono un peso di questi frutti. Egli deve egualmente pagare, senza diritto di ripeterli, gl' interessi dei debiti mobiliari della comunione, decorsi durante il tempo del suo godimento, sino al pagamento.

Quando il conjuge predefunto, nello Statuto di Parigi e negli altri simili, ha lasciato un erede de' mobili ed acquisti, ed un altro erede de' beni proprj, l' erede de' mobili ed acquisti, per cui e a discarico del quale il donatario reciproco paga le annualità delle dette rendite, ha il diritto di ripetere dall' erede de' beni proprj il pagamento della porzione delle rendite stesse cui quest' erede de' beni proprj è tenuto, secondo la divisione che tra essi ne fa lo Statuto di Parigi.

248. Ci resta ad osservare che queste parole di cui si serve lo Statuto, *scadute e decorse dopo il godimento della detta donazione reciproca*, debbono intendersi come se dicesse, decorse e scadute dopo e durante tutto il tempo del godimento, ec. Quindi se, per esempio, il donatario reciproco è entrato nel godimento della donazione il primo di settembre 1760, non sarà tenuto a pagare, senza diritto di ripetizione, l' intiera annata di annualità scadente il giorno de' Santi dello stesso anno; egli sarà tenuto soltanto a pagare, senza diritto di ripetizione, i due ultimi mesi di quest' annata di annualità, decorsi dopo il primo settembre, giorno in cui egli è entrato in godimento, e, riguardo al di più, sarà tenuto soltanto ad anticiparlo, come se si trattasse di qualunque altro debito.

Parimenti, gli eredi del donatario reciproco sono tenuti al pagamento delle annualità decorse nell' ultimo anno della sua vita, il termine delle quali sia scaduto dopo la sua morte, per tutto ciò che n' è decorso sino al giorno della sua morte. Quindi se, per esempio, il donatario è morto il primo di settembre, i suoi eredi saranno tenuti al pagamento di dieci mesi dell' annata, che scaderà col giorno di Ognissanti dello stesso anno, poichè ne sono appunto decorsi dieci mesi sino al primo settembre, in cui è morto il donatario.

249. Quando il marito rivestito di un uffizio acquistato durante la comunione, ch' egli dopo la morte di sua moglie ha dichiarato di voler lasciare in comunione, gode come donatario reciproco della metà di quest' uffizio appartenente all'erede di sua moglie, deve pagare a sue spese, e senza alcuna ripetizione, l' annuale dell' uffizio stesso; e se per mancanza d' averlo pagato, l' uffizio cade nelle partite casuali, la sua eredità sarà tenuta ad indennizzare di questa porzione l' erede del predefunto.

Infatti, secondo la natura dell' usufrutto, il donatario reciproco dovendo obbligarsi verso il poprietario *rem finito usufructu restitueri*, contrae l' obbligazione di far tutto ciò ch' è necessario per conservare l' uffizio, ad oggetto di poterlo restituire *finito usufructu*. Ora, secondo i principj stabiliti nel nostro *Trattato delle Obbligazioni*, n. 550 *e seg.*, un debitore deve fare a sue spese tutto ciò che è necessario per adempire alla sua obbligazione; e quindi deve fare a sue spese e senza ripetizione il pagamento del diritto per la conservazione dell' uffizio.

Se il donatario reciproco trascurasse di far questo pagamento, potrebbe esservi costretto, tanto dall' erede del predefunto, a cui ne deve esser fatta la restituzione, quanto dalla persona che si è resa fidejussore per la restituzione della donazione reciproca.

Vi sono certi uffizi che non hanno quasi provento alcuno, ma che furono un tempo portati ad un prezzo considerabile per la dignità delle funzioni che vi sono annesse, e che in seguito la corruzione de' costumi, l' abbandono degli studj e il piacere delle frivolezze, che ne sono la conseguenza, hanno fatto talmente diminuire di prezzo, che l' annuale che venisse pagato durante varie prestazioni di *paulette* (1) per la conservazione di uno di questi uffizi, ne sorpasserebbe di

(1) *Paulette*, diritto che gli uffiziali di toga pagavano in Francia annualmente al Re, acciò la loro carica passasse agli eredi in caso di loro morte.

molto il prezzo. Sarebbe troppo duro che l' erede del predefunto potesse costringere il donatario reciproco ad entrare in *paulette* per questi uffizj, e quindi egli deve contentarsi della sicurezza, che trova nella cauzione che il donatario gli ha prestata per la restituzione dell' uffizio riguardo a quella porzione ch' egli vi ha, nel caso in cui il donatario reciproco stesso muoja e perda l' uffizio.

250. Riguardo alle tasse imposte sull' uffizio, durante il tempo del godimento della donazione, se queste tasse portino aumenti di stipendio, o de' diritti che aumentino il prezzo dell' uffizio, debbonsi computare al momento della restituzione della donazione reciproca, e tenerne conto alla eredità del donatario reciproco che le ha pagate; ma se queste tasse sono tali che non rechino vantaggio alcuno all' uffizio, io credo che il donatario reciproco non possa pretenderne la restituzione, poichè sono pesi del suo godimento.

CAPITOLO VII.

In qual modo si estingue l' usufrutto del donatario reciproco e della restituzione che deve farsi de' beni compresi nella donazione scambievole dopo l' estinzione di questo usufrutto.

251. Il modo più ordinario con cui si estingue l' usufrutto del donatario reciproco, è la sua morte; ma s' estingue anche cogli altri differenti modi co' quali si estingue l' usufrutto. Noi gli abbiamo riportati nel nostro *Trattato del Vedovile, part.* 1, *cap.* 6, e quindi colà rimettiamo il lettore; tutto ciò che abbiamo detto intorno ai modi, co' quali si estingue il vedovile, può essere intieramente applicato all' usufrutto del donatario reciproco.

252. Nello Statuto di Parigi e nella maggior parte degli altri Statuti, l' usufrutto del donatario reciproco non si estingue col suo passare ad altro matrimonio, a meno che le parti non abbiano apposto una clausola al loro contratto di donazione reciproca, colla quale abbiano stabilito, che il superstite debba godere soltanto durante il tempo che rimarrà in istato di vedovanza.

Si è fatta la questione se ritrovandosi in un contratto di donazione reciproca le seguenti parole: *il quale dono reciproco fu fatto dalle parti per ajutare il superstite a vivere nella sua vedovanza*, debbasi riputare che comprendano la clausola che il superstite ne debba godere soltanto durante la sua vedovanza Ferrière cita una decisione del 19 aprile 1640, colla quale venne giudicato che queste parole non comprendevano una tal condizione: e che il donatario reciproco, ancorchè passato a seconde nozze, dovea in questo caso godere della donazione sino al momento della sua morte. Questa decisione è giustissima. Le parole surriferite presentano soltanto l' enunciazione della causa impulsiva, che ha indotto le parti a farsi il dono reciproco; ed è massima stabilita, riguardo a tutte le disposizioni tanto tra vivi quanto testamentarie, che l' enunciazione della causa impulsiva non costituisce una condizione della disposizione, e che la disposizione ne è indipendente: *causa non cohaeret lego*. Infatti su questo principio si decide, che il legato fatto ad una fanciulla *acciocchè si mariti*, e quello fatto ad un giovine *acciocchè faccia i suoi studj alla Sorbona*, debbono esser pagati, sebbene la fanciulla non si mariti, e sebbene il giovine non abbia intrapresa la carriera degli studj.

253. Subito dopo che l' usufrutto del donatario reciproco è estinto, gli eredi del predefunto, proprietarii degli stabili e rendite compresi nella donazione reciproca, o quelli che sono a loro succeduti, tanto a titolo universale quanto a titolo particolare, nella proprietà di questi stabili o rendite rientrano *ipso jure* nel godimento di detti stabili o rendite ch' era stato separato dal loro diritto di proprietà pel tempo soltanto, che dovea durar lo usufrutto del donatario.

Quindi tutti i frutti che trovansi

pendenti sui detti stabili al tempo della estinzione dell'usufrutto del donatario reciproco, appartengono al proprietario de' detti stabili, col peso però di rimborsare l'eredità del donatario delle spese di cultura, di sementi, ed altre da lui incorse per far venire detti frutti.

Tutto ciò che abbiamo detto nel nostro *Trattato del Vedovile*, *part.* 1, *cap.* 7, riguardo al caso in cui dopo la morte della vedova gli eredi del marito o i loro successori, proprietarj degli stabili, di cui la vedova godeva l'usufrutto, rientrano nel godimento degli stabili stessi, può esser intieramente applicato al caso in cui gli eredi del conjuge predefunto o i loro successori, proprietarj degli stabili compresi nella donazione reciproca, rientrano nel godimento di questi stabili, dopo la morte del donatario reciproco; noi quindi rimettiamo colà il lettore, per evitare una inutile ripetizione.

254. Quando la donazione reciproca consiste in denari ed effetti mobiliari, di cui il donatario godeva, la sua morte dà luogo all'azione che gli eredi del predefunto o i loro successori hanno contro l'erede del donatario, acciocchè questi sia tenuto a restituire la somma, a cui ammontava la porzione del predefunto ne' beni della comunione, di cui il donatario avea goduto, secondo la stima fattane nell'inventario, dedotti tutti i debiti e pesi, come abbiam già veduto *supra*, n. 212.

PARTE TERZA

DI UN'ALTRA SPECIE DI VANTAGGIO RECIPROCO CHE LO STATUTO DI PARIGI PERMETTE AI CONJUGI DI FARSI DURANTE IL MATRIMONIO.

255. L'ARTICOLO 281 dice: « Padre e madre maritando i loro figli, possono convenire, che i suddetti loro figli lasceranno godere il superstite dei detti padre e madre de' mobili e coacquisti del predefunto, durante la vita del superstite, purchè non si rimariti; ed una tal convenzione non è riputata un vantaggio fra i detti conjugi ».

Dalla convenzione permessa ed autorizzata da quest' articolo, fatta tra il padre, la madre, e i loro figli, ne risulta una specie di donazione reciproca, che fanno scambievolmente al superstite, della porzione del predefunto ne' beni della comunione.

Il motivo dello Statuto fu d'incoraggiare il padre e la madre a maritare i loro figli, accordando loro a quest' effetto il permesso di farsi questa specie di dono reciproco in compenso e come una condizione della dote, di cui si privano durante la loro vita in favore dei figli stessi.

Noi vedremo riguardo a questa specie di donazione reciproca, 1.° in che convenga con quella stabilita dall' *artic.* 280, di cui abbiamo già trattato, ed in che ne differisca; 2.° con quale atto possa farsi la convenzione permessa dall' *art.* 281, che lo comprende indirettamente; 3.° in qual caso; 4.° della condizione di non passare a seconde nozze, che vi fu apposta dallo Statuto; 5.° quali cose entrino in questa specie di donazione reciproca; 6.° qual sia l'effetto della convenzione permessa dall' *art.* 281 che comprende indirettamente questa specie di dono reciproco; 7.° qual effetto abbia negli altri Statuti la clausola, che « il figlio dotato non potrà provocare il superstite alla divisione,

ARTICOLO PRIMO.

In che convenga questa donazione reciproca con quella stabilita nell' artic. 280, *ed in che ne differisca.*

§ 1. *In che convenga questa donazione reciproca con quella stabilita nell' art.* 280.

256. La specie di donazione reciproca che lo Statuto di Parigi permette con quest' *art.* 281 ai padri ed alle madri di farsi, maritando i loro figli, conviene colla donazione reciproca permessa fra conjugi dall' *artic.* 280, che ha formato la materia della seconda parte del nostro Trattato, in quanto che, per esser valida, deve parimenti esser reciproca ed eguale. Quindi se nel contratto di matrimonio di un figlio si fosse detto che, mediante la dote, che gli è data da suo padre e da sua madre, egli lascerà godere a sua madre, in caso che essa sopravvivesse a suo padre, l' usufrutto dei mobili e coacquisti della eredità di suo padre, e non si fosse detto, che lascerà parimenti godere il padre, in caso che sopravvivesse alla madre, de' mobili ed acquisti dell' eredità della madre; la donazione fatta dal marito, con tal convenzione, dei suoi mobili e coacquisti alla moglie in caso che gli sopravviva, non sarebbe valida, perchè non è reciproca.

Per la stessa ragione, se la convenzione stabilisse che sopravvivendo la madre, essa goderebbe di tutti i mobili e coacquisti del padre predefunto, e sopravvivendo il padre, goderebbe soltanto di una porzione di quelli della madre, la donazione sarà nulla da ambedue le parti per mancanza di eguaglianza.

La necessità della reciprocazione e dell' eguaglianza, che noi diciamo essere richiesta per la validità della donazione che l' *art.* 281 permette ai padri ed alle madri di farsi maritando i loro figli, risulta evidentemente dalle parole poste in fine di quest' articolo: *Ed una tal convenzione non è riputata vantaggio fra i detti conjugi*; poichè la sola reciprocazione ed eguaglianza di questo dono possono impedire di riguardarlo come un vantaggio.

257. La convenzione fatta nel contratto di matrimonio del figlio, colla quale si fosse detto, che mediante la dote ch' egli riceve da suo padre e da sua madre, si obbliga a lasciar godere alla madre, qualora essa sopravviva al padre, i mobili e coacquisti della comunione, senza stipulare lo stesso a vantaggio del padre, sarebbe bensì nulla riguardo alla donazione che essa comprende, fatta dal padre alla madre in caso che questa a lui sopravviva, ma non sarebbe nulla riguardo alla condizione cui la madre assoggetta la dote di cui fa donazione, colla quale dichiara di donarla soltanto qualora il figlio la lasci godere de' mobili ed acquisti del marito, nel caso ch' essa a questo sopravviva; poichè è permesso ad ognuno di apporre alla donazione che fa quelle condizioni che più gli sembrano opportune. Quindi nel caso proposto, avvenendo lo scioglimento della comunione per la morte del padre, il figlio, mediante la nullità della donazione fatta da suo padre a sua madre, potrà obbligare sua madre alla divisione de' beni della comunione, e chiedere di godere della parte che in essi ha come erede di suo padre; ma siccome provocando sua madre a questa divisione, fa cessare la condizione da lei apposta alla donazione della dote, così si riputerà ch' essa non lo abbia dotato, ed il figlio dovrà restituire a sua madre la dote che ha ricevuta, per quella metà ch' essa vi ha contribuito. Supponiamo, per esempio, nel caso di una simile convenzione, che la dote donata al figlio fosse di venti mila lire, e che essendo avvenuto lo scioglimento della comunione per la morte del marito, restassero ancora cinquanta mila lire di beni nella comunione. La donazione che il marito ha fatta alla moglie della sua parte ne' detti beni essendo nulla, perchè non è reciproca, il figlio, erede del padre, ha diritto di domandare alla madre la porzione del padre ne' detti beni. Ma la madre avendo contribuito alla dote del figlio soltanto sotto la condizione, ch' egli le lascerebbe godere questa porzione, il

figlio deve, dietro l'azione *condictio causa data, causa non secuta*, o restituire *de suo* a sua madre dieci mila lire, ch'è la somma per la quale essa ha contribuito alla dote di venti mila lire, o lasciar prelevare a sua madre, prima della divisione, la somma di venti mila lire, mediante la quale prelevazione, i fondi della comunione, che restano a dividersi tra sua madre e lui, sono ridotti a trenta mila lire, quindici mila delle quali toccano al figlio per sua porzione, e quindici mila alla madre, le quali unite alle venti mila, che ha già prelevate, formano la somma di trentacinque mila lire; lo che torna lo stesso come s'egli avesse restituito col suo le dieci mila lire che sua madre ha contribuite alla sua dote; poichè in questo caso egli avrebbe venticinque mila lire per sua porzione ne' fondi della comunione, e queste unite alle dieci mila, che deve pagare sulla sua dote, formerebbero parimenti la somma di trentacinque mila lire.

258. Se la dote del figlio consistesse in istabili coacquisti, e non si trovassero ne' beni della comunione rimasti dopo la morte del padre degli stabili di egual valore e bontà da dare alla madre per sua porzione, questa potrebbe obbligare il figlio a conferire in natura gli stabili, che ha ricevuti in dote, ne' beni della comunione da dividersi tra essa e lui, coll'obbligo di computare nella divisione le spese necessarie ch'egli vi avesse fatte, eccetto quelle di manutenzione che sono un peso del godimento che egli ne ha avuto, ed anche le spese utili, le quali però debbono essere computate soltanto sino alla concorrenza di quanto lo stabile trovasi accresciuto di prezzo al tempo della divisione. Se, al contrario, gli stabili si trovassero deteriorati per fatto o colpa del figlio, egli dovrebbe tenerne conto della divisione, secondo la stima delle deteriorazioni stesse, che verrà fatta da periti eletti dalle parti.

259. Si opporrà forse che la dote essendo stata somministrata co' beni della comunione, la moglie non ha potuto apporre condizione alcuna alla dote da lei contribuita, per quella porzione che aveva ne' detti beni, poichè il marito, nella sua qualità di capo della comunione, poteva farvi contribuire sua moglie per quella porzione che aveva ne' detti beni, senza aver neppur bisogno del di lei consenso. Si risponde che, sebbene il marito abbia questo diritto, poteva non usarne. Egli poteva anzi, come abbiamo veduto nel nostro *Trattato della Comunione*, *part.* 4, *cap.* 1, *sez.* 1, *art.* 5, addossarsi solo il peso della dote del figlio comune, somministrandola solo per suo conto benchè coi beni della comunione, dichiarandolo nel contratto di donazione, in guisa tale che sua moglie non vi contribuisca in parte alcuna, e possa, dopo lo scioglimento del matrimonio, chiedere il compenso della porzione, che aveva ne' beni tolti alla comunione per somministrare la dote. Ora, se la dote può esser somministrata dal marito ad un figlio comune co' beni della comunione, in modo tale che la moglie non vi contribuisca in nulla, a maggior ragione può essere da lui somministrata in modo, che la moglie vi contribuisca soltanto sotto quella condizione che crede opportuna di apporvi.

260. La donazione reciproca che l'*art.* 281 dello Statuto permette ai conjugi di farsi, allorchè maritano i loro figli, conviene anche con quella, che loro è permessa dall' art. 280, in quanto che ambedue sono loro permesse soltanto quando sieno in comunione di beni; lo che risulta dalle parole dello Statuto, *possono convenire chè i loro figli lasceranno godere il superstite dei mobili e coacquisti del predefunto*. Lo Statuto colla parola *coacquisti* suppone una comunione esistente fra essi, e permette loro soltanto di farsi un dono reciproco de' beni della comunione; questo è pure uno dei punti in cui la donazione reciproca permessa da quest' *articolo* 281 conviene con quella permessa dall' *art.* 280.

§ 2. *In che differisca la donazione reciproca, che risulta dall' art.* 281, *da quella permessa nell' art.* 280.

261. La principale differenza fra la donazione reciproca permessa ai con-

jugi dall' *art.* 280, e quella permessa loro dall' *art.* 281, consiste nell' essere la prima una donazione reciproca, che i conjugi si fanno direttamente l' un l' altro, mentre al contrario la seconda risulta soltanto indirettamente dalla convenzione stipulata nel contratto di matrimonio di un figlio comune, mediante la quale i conjugi convengono col figlio che, attesa la dote che gli danno, egli lascerà godere il superstite di essi dell' intiera porzione del predefunto ne' beni della comunione.

262. Da questa differenza nascono varie altre, cioè, 1.° La donazione reciproca permessa dall' art. 280 è un atto in cui sono parti i soli conjugi senza l' intervento di alcun altro; all' incontro quella che risulta dall' *art.* 281 si fa con un atto in cui il figlio comune dotato da ambedue i conjugi mediante la convenzione permessa da quest' articolo è insieme ad essi una delle principali parti nell' atto che comprende indirettamente la donazione reciproca fra i conjugi; 2.° la donazione scambievole, permessa dall' *art.* 280, può farsi durante tutto il tempo del matrimonio, purchè ambedue i conjugi trovinsi in buono stato di salute; all' incontro quella che risulta dalla convenzione ad essi permessa dall' *art.* 281, può farsi soltanto allorchè maritano i loro figli, e nel contratto di matrimonio de' figli stessi; 3.° acciocchè la donazione reciproca permessa dall' *art.* 280 ai conjugi sia valida, bisogna che nessuno di essi lasci de' figli; all' incontro quella che risulta dalla convenzione permessa dall' *art.* 281, suppone ch' essi abbiano figli; 4.° la donazione reciproca permessa dall' *art.* 280 non si perde dal superstite allorchè si rimarita; all' incontro quella che risulta dalla convenzione permessa dall' *art.* 281, si perde quando il superstite passa a seconde nozze.

ARTICOLO II.

Con quali atti possa farsi la convenzione permessa dall' articolo 281.

263. Questa convenzione può farsi soltanto ne' contratti di matrimonio de' figli, ne' quali il figlio, a causa della dote a lui somministrata da suo padre e da sua madre, consente che il superstite di essi goda, durante la sua vita, della porzione che apparterrà al predefunto ne' beni della comunione. Ciò risulta dalle parole dell' *art.* 281, *maritando i loro figli*, le quali indicano abbastanza che questa convenzione può avere luogo soltanto allorchè maritano i loro figli, cioè nel contratto di matrimonio de' loro figli.

Essendosi omessa questa convenzione nel contratto di matrimonio del figlio, a cui i suoi genitori hanno data una dote, non si può più farla validamente con un atto susseguente, ancorchè il figlio v' intervenisse, ed acconsentisse di lasciar godere il superstite di essi della porzione del predefunto ne' mobili e conequisti.

Questa convenzione infatti è una condizione che lo Statuto permette al padre ed alla madre d' apporre alla donazione della dote, che essi somministrano a' loro figli, ed è massima stabilita, che non si possono apporre condizioni ad una donazione tra vivi, fuorchè nell' atto stesso di donazione, poichè questa avendo ricevuta tutta la sua perfezione subito dopo che l' atto fu stipulato, non può più ricevere alterazione alcuna dagli atti susseguenti.

264. Essendosi omessa questa convenzione nel contratto di matrimonio del figlio, si potrebbe forse farla in un atto col quale il padre e la madre donassero al figlio stesso un aumento di dote durante il matrimonio? No; poichè lo Statuto permette questa convenzione ai padri ed alle madri soltanto nel caso che maritino i loro figli, cioè nel contratto di matrimonio de' loro figli. Questo permesso è accordato pel favore che meritano i contratti di matrimonio, e perciò non può estendersi ad altri atti.

Quindi, se nell' atto di donazione fatto dal padre e dalla madre al figlio durante il suo matrimonio, si fosse stabilito che il figlio lascerebbe godere il superstite de' suoi genitori de' mobili e conequisti del predefunto, la donazione reciproca, che il padre e la madre avrebbero inteso di fare

al superstite, mediante questa clausola non sarebbe valida; e il figlio, nella sua qualità di erede del predefunto, avrebbe diritto di domandare il godimento della sua porzione di beni della comunione. Questa clausola produrrebbe il solo effetto di apporre alla donazione fatta dal superstite al figlio, la condizione che il figlio debba lasciarlo godere della porzione del predefunto de' mobili e conacquisti, e di obbligare, per conseguenza, il figlio che avesse contravvenuto a questa condizione, ad imputare nell' eredità del predefunto il totale dell' aumento di dote a lui donato.

ARTICOLO III.

In quali casi possa farsi la convenzione menzionata nell'articolo 281.

265. Lo Statuto, riguardo ai casi in cui permette questa convenzione, si esprime colle parole *maritando i loro figli*; e quindi lascia luogo alle due questioni seguenti: 1.° se con queste parole lo Statuto intenda che il padre e la madre, per poter fare una tale convenzione, debbano ambedue dare una dote ai figli che maritano; 2.° se queste parole comprendano anche i figli de' loro figli.

§ 1. *Se colle parole* maritando i loro figli, *lo Statuto intenda che il padre e la madre debbano somministrar loro una dote.*

266. La ragione di dubitare nasce dall' aver lo Statuto nell'*art.* 281 usate le parole *maritando i loro figli*, e non *dotando i loro figli*. Dal che sembra che si possa concludere, che per render valida la convenzione permessa in quest'articolo, non si richieda che il padre e la madre somministrino una dote ai loro figli, ma soltanto che sia fatta nel tempo in cui maritano i loro figli, e nel contratto di matrimonio de' loro figli. Nulla di meno io credo che questa convenzione non sia valida, se non quando il padre e la madre somministrino una dote ai loro figli. Infatti, qual è lo scopo che si propone lo Statuto in quest' articolo? Quello d' incoraggiare i padri e le madri a maritare i loro figli, e a dare loro per conseguenza la dote necessaria per maritarli. Per indurli più facilmente a somministrar questa dote, lo Statuto propone loro in compenso di questa dote il permesso di stipulare, che il superstite fra essi godrà l' usufrutto della parte del predefunto ne' beni della comunione; quindi i padri e le madri, che non hanno somministrata dote alcuna, non debbono godere del permesso accordato nell' articolo.

Riguardo poi all' obbiezione tratta dall' osservazione che lo Statuto non ha detto in termini formali *dotando*, ma semplicemente *maritando*, si risponde che sebbene possa accadere di maritare una figlia senza darle dote alcuna, ad un uomo che la sposi per la sua bellezza o per le sue buone qualità; nulladimeno, secondo ciò che accade ordinariamente, i padri e le madri danno una dote a' loro figli allorchè li maritano, non trovando ordinariamente a maritarli senza dar loro una dote più o meno considerabile. La legge quindi usando di parlare conformemente a ciò che ordinariamente accade, allorchè lo Statuto dice in quest' articolo, *padre e madre maritando i loro figli*, deve riputarsi che colle parole *maritando i loro figli*, dica sufficientemente che abbiano dato una dote, senza che vi sia bisogno che lo dica espressamente, mentre d' ordinario i figli senza di ciò non si maritano.

267. Dal nostro principio, che per la validità della convenzione permessa nell' *art.* 281, bisogna che il padre e la madre dieno una dote a' loro figli, segue che questa convenzione non può esser permessa nel caso in cui un figlio si mariti co' beni da esso guadagnati colla sua industria. Non si può dire infatti in questo caso che suo padre e sua madre *lo maritino*, poichè egli stesso si marita co' beni che ha, ed i suoi genitori intervengono nel contratto di matrimonio soltanto per acconsentirvi ed approvarlo.

268. Nulla influisce però la somma a cui ascende la dote data dal padre e dalla madre ai loro figli; cosicchè per quanto modica sia una tale somma, il padre e la madre possono

sempre validamente fare questa convenzione.

269. Ma è necessario che la dote sia stata somministrata unitamente dal padre e dalla madre? Non basterebbe che l' uno di essi l' avesse somministrata, senza che l' altro vi avesse contribuito cosa alcuna? Ciò non basterebbe, poichè il permesso che lo Statuto accorda con quest' articolo ai conjugi di convenire nel contratto di matrimonio de' loro figli, che il superstite godrà durante la sua vita della porzione del predefunto ne' beni della comunione, essendo loro accordata soltanto, come abbiamo veduto, in compenso della dote che essi danno a' loro figli, colui che non ne ha data alcuna, non ha diritto di stipulare con questa convenzione di godere, in caso che sopravviva, l' usufrutto della porzione che l' altro conjuge ha nei beni della comunione; e se egli non ha questo diritto, non lo ha egualmente l' altro conjuge che ha somministrato la dote, poichè questa convenzione comprende una donazione reciproca, che i conjugi si fanno al superstite di essi: ora è della essenza delle donazioni scambievoli, che non ne possa esser valida una se non possono esser valide ambedue; per cui non potendo esser valida la donazione fatta da colui, che ha somministrata la dote al conjuge che non vi ha contribuito, non può esserla neppure quella fatta dal conjuge che non vi ha contribuito.

270. Quando il padre ha dotato il figlio co' beni della comunione, sebbene non siasi detto che vi concorre anche la madre, si reputa ch' essa abbia contribuito alla dote, non in suo proprio nome, ma nella sua qualità di comune, e ciò basta perchè i conjugi possano fare la convenzione loro permessa da quest' articolo, a meno che non si fosse detto espressamente, che il padre ha somministrata la dote colla sua porzione di beni, nel qual caso la madre non avrebbe contribuito alla dote, e non dovrebbe aver luogo la convenzione suddetta.

§ 2. *Se le parole dell' art.* 281, *maritando i loro figli*, *comprendano i figli de' figli.*

271. È questione controversa fra gli autori, se le parole dell' *art.* 281, *maritando i loro figli*, comprendano anche i nipoti, e se quindi due conjugi, maritando i loro nipoti, possano fare validamente la convenzione permessa dallo *art.* 281. Una tal questione ha luogo in due casi: 1.° quando due conjugi maritano un nipote nato da un loro figlio predefunto; 2.° quando maritano un nipote avuto da un loro figlio vivente.

Primo caso.

272. Se il padre e la madre nel contratto di matrimonio del loro figlio non hanno fatta la convenzione permessa da quest' articolo dello Statuto, ed in seguito il figlio sia morto, possono nel contratto di matrimonio di un nipote, ch' essi hanno avuto da questo figlio, ed a cui danno una dote, stipulare la convenzione che il superstite godrà, durante la sua vita, della porzione del predefunto ne' beni della comunione? Lemaitre, seguendo Auzanet, ritiene la negativa; e tale è pure l' opinione di Laurière. Questi autori si fondano sulla ragione che lo Statuto ha detto soltanto *il padre e la madre* senza aggiungervi *e l' avo e l' ava*. Ora è principio incontrastabile, dicono essi, che le disposizioni degli Statuti sono di stretto diritto, e quindi non suscettibili di estensione, specialmente questa ch' è contraria al diritto comune, permettendo ai conjugi di farsi l' un l' altro un vantaggio, contro al principio generale di diritto comune che proibisce ogni vantaggio tra i conjugi.

Per l' affermativa all' incontro si dice che gli Statuti, colle parole di padre e madre comprendono anche l' avo e l' ava, e gli altri ascendenti, ogni qualvolta il motivo delle loro disposizioni riscontrisi egualmente riguardo all' avo ed all' ava, come riguardo al padre ed alla madre. Si può addurre per esempio l' *art.* 314 dello Statuto di Parigi, il quale dice che *il padre e la madre godono l' usufrutto de' beni lasciati da' loro figli, che furono acquistati dal detto padre o dalla detta madre, e che pervennero ai detti figli per la morte di uno di essi.* Egli è incontrastabile che lo Statuto, in quest' articolo, colle parole

di padre e madre, ha compreso anche l' avo e l' ava, perchè la ragione su di cui è fondata la disposizione di quest' articolo milita tanto per l' avo e l' ava, quanto pel padre e per la madre. Ora parimenti la ragione su di cui è fondata la disposizione dello *art.* 281 che accorda al padre ed alla madre il permesso di stipulare che il superstite godrà della parte del predefunto ne' beni della comunione, come un compenso della dote ch' essi danno a' loro figli maritandoli, milita egualmente anche riguardo all' avo ed all' ava, i quali anzi sono tanto più degni di questo compenso, in quanto che avendo già maritato il loro figlio predefunto, maritano e danno una dote anche al nipote avuto dal figlio istesso. In quanto poi alla opposizione, che l' *art.* 281 essendo di stretto diritto non è suscettibile di estensione, perchè si allontana dalla regola generale, che proibisce ogni vantaggio tra i conjugi, si risponde che è invece di stretto diritto la legge che proibisce ogni vantaggio fra i conjugi, poichè limita la libertà naturale che ciascuno ha di disporre de' suoi beni; ed è favorevole la disposizione dell' *art.* 281, poichè richiama i principj della libertà naturale nel caso in essa compreso.

273. Acciocchè l' avo e l' ava, nel contratto di matrimonio di un nipote ch' essi hanno avuto da un figlio predefunto, possano convenire che il superstite godrà l' usufrutto della porzione del predefunto ne' beni della loro comunione, bisogna che gli dieno una dote, ancorchè abbiano già dotato il loro figlio nel suo contratto di matrimonio, ed ancorchè i beni da essi dati in dote a questo figlio sieno passati al nipote come suo erede: poichè questa convenzione essendo una condizione, che la legge permette ai conjugi di apporre alla dote, che essi danno ai loro figli allorchè li maritano, può esser fatta soltanto, come abbiam già detto, al momento in cui danno questa dote e nel contratto di matrimonio col quale la danno. Quindi non avendo fatto questa convenzione nel contratto di matrimonio del loro figlio, cui hanno dato una dote, non possono più farla nel contratto di matrimonio del nipote, a meno che gli diano un' altra dote, di cui questa convenzione sia una condizione.

Secondo caso.

274. Passiamo ora al caso in cui due conjugi, avendo un figlio ed un nipote nato da questo figlio, maritano e danno una dote al nipote, mentre il figlio vive ancora. Possono essi convenire validamente, nel contratto di matrimonio di questo nipote, che il superstite fra essi avrà l' usufrutto della parte del predefunto ne' beni della comunione, facendo intervenire nel contratto anche il figlio, il quale acconsenta a questa convenzione? La ragione di dubitare è, che questa convenzione è permessa ai conjugi, ed il consenso che vi presta il figlio, che deve succedere nella parte del predefunto, è valido soltanto nel caso che questa convenzione sia il compenso della dote che il figlio stesso riceve, per cui sembra che in questo caso il figlio non ricevendo dote alcuna, poichè la dote è data al nipote e non a lui, il suo consenso non possa rendere valida la convenzione.

Io però credo che la convenzione in questo caso sia valida, perchè la dote ch' è data al nipote nel suo contratto di matrimonio, devesi riputare come se fosse data al padre di questo nipote, giusta il principio di diritto, che quanto è donato al figlio, si reputa donato al padre: *Donatum filio videtur donatum patri*; e difatti in conseguenza di questo principio lo Statuto di Parigi, *art.* 306, obbliga il figlio a conferire nell'eredità di suo padre e di sua madre quanto venne donato a' suoi figli, come se fosse stato donato a lui stesso. In questo caso la dote donata al nipote devesi tanto più riputare come donata al figlio, che si reputa data in pagamento di un debito naturale del figlio stesso, avendo questi il debito naturale di dotare il nipote; ed il figlio intervenendo nel contratto, si reputa che riconosca questo debito naturale, e riconosca che la dote data in pagamento di questo suo debito, è come se fosse donata a lui stesso.

275. Si osservi che acciò sia valida la convenzione fatta dall' avo e dall' ava nel contratto di matrimonio del loro nipote, colla quale hanno stabilito che il superstite godrà durante la sua vita della porzione del predefunto ne' beni della loro comunione, bisogna che il figlio, padre del nipote, intervenga nel contratto; poichè questa convenzione è valida soltanto pel consenso che si presume prestato dal figlio, che deve succedere al predefunto accettando la dote donata sia a lui, sia a'suoi figli sotto la condizione suddetta. Ora non si può presumere ch' egli abbia dato questo consenso, qualora non sia intervenuto all' atto; ed il consenso che presta a questa convenzione il nipote può essere utile, e può renderla valida nel caso soltanto in cui morendo suo padre prima che muoja uno dei conjugi che gli hanno data la dote, sarebbe egli chiamato all' eredità del predefunto.

276. Ci resta ad osservare intorno al senso delle parole, *padre e madre maritando i loro figli*, che in esse parlasi soltanto de' loro figli comuni, se uno di essi maritasse un figlio avuto da un precedente matrimonio, quand' anche l' altro conjuge concorresse e contribuisse alla dote di questo figlio non suo, non potrebbe aver luogo la convenzione permessa dall' *art*. 281; poichè non si può dire che maritano *i loro figli*, perchè chi si rimarita è figlio soltanto di uno di essi.

ARTICOLO IV.

Quale sia il senso di queste parole dell' art. 281 purchè non si rimariti.

277. Lo Statuto dice nell' *art*. 281: « *Padre e madre maritando i loro figli possono convenire che essi lasceranno godere il superstite. . . . purchè non si rimariti.* »

Lo Statuto, colle parole *purchè non si rimariti*, intende esso di far dipendere assolutamente la convenzione permessa in quest' articolo dalla condizione che il superstite non si rimariterà; cosicchè venendo a mancare una tal condizione, la convenzione diventi nulla tanto per lo passato quanto per l' avvenire, e che il superstite sia obbligato a restituire tutti i frutti percepiti, perchè percepiti senza titolo, o, ciò che è lo stesso, perchè percepiti in virtù di un titolo nullo per la mancanza della condizione da cui dipendeva? Ovvero lo Statuto colle parole, *purchè non si rimariti*, intenderà soltanto che il superstite rimaritandosi debba, dopo il suo nuovo matrimonio, cessar di godere della porzione de' beni del predefunto? A favore della prima interpretazione si dice, che se lo Statuto avesse voluto solamente che il secondo matrimonio del superstite facesse cessare il suo usufrutto per l' avvenire si sarebbe espresso diversamente, ed avrebbe detto, *godrà durante la sua vedovanza*, oppure *sintantochè non si rimariterà*. Ma servendosi delle parole, *purchè non si rimariti*, che equivalgono a queste, *se non si rimarita*, lo Statuto ha apposto al dono reciproco permesso in quest' articolo la condizione di non passare ad altre nozze, dalla verificazione o dalla mancanza della quale dipende la validità o la nullità della donazione. Si dice all' incontro, che sarebbe cosa inumana che il superstite il quale avesse percepiti, durante una lunga serie di anni, i frutti della porzione del predefunto, essendo allora disposto a rimaner vedovo, ed avendo poscia cangiata volontà, fosse tenuto alla restituzione di tutti que' frutti da lui consumati in buona fede. Non si deve dunque credere che lo Statuto abbia avuta questa intenzione; e riguardo all' argomento dedotto dall' avere usata la parola *purchè*, si risponde, che se una tal parola s' impiega qualche volta per esprimere una condizione sospensiva, s'impiega altresì qualche volta per esprimere una condizione soltanto risolutiva in futuro; lo che ci viene insegnato da Ulpiano nel caso seguente: Io vendo uno stabile per un tal prezzo, *purchè* da qui ad un certo tempo non mi venga offerto di più: *Nisi quis intra Kalendas januarias proximas meliorem conditionem fecerit*; lo che chiamasi in diritto ad-

dictio in diem. Ulpiano domanda se in questo caso le parole, *Nisi quis etc. purchè da qui ad un certo tempo non mi venga offerto di più*, esprimano una condizione sospensiva che renda la vendita condizionale, o esprimano soltanto una condizione resolutiva, dietro la verificazione della quale la vendita debba risolversi in avvenire; e decide che ciò dipende dal vedere quale sia stata la intenzione delle parti: *Quoties fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub conditione resolvitur, an vero conditionalis sit magis emptio, quaestionis est? Et mihi videtur verius, interesse quid actum sit*. Se dunque Ulpiano decide che in questo caso devesi ricercare quale sia stata la intenzione delle parti, egli suppone che le parole, *nisi quis etc.*, *purchè da qui ad un certo tempo non mi venga offerto di più*, sieno suscettibili di due significati, e possano riferirsi, tanto ad una condizione che sia solamente resolutiva della vendita in futuro, quanto ad una condizione sospensiva che renda condizionale la vendita. Dunque egualmente nell' *art.* 281 dello Statuto, le parole *purchè non si rimariti*, possono intendersi non solo come una condizione sospensiva, dalla verificazione o mancanza della quale dipenda intieramente la validità o la nullità del dono reciproco; ma anche come una condizione semplicemente resolutiva, sotto la quale il dono reciproco permesso da quest' articolo debba risolversi ed estinguersi soltanto per l' avvenire. Ora, questo secondo senso essendo il più equo ed il più favorevole, devesi presumere che sia quello in cui lo Statuto ha intese le parole *purchè non si rimariti*, e devesi ritenere che abbia voluto soltanto che qualora il superstite si rimariti, debba cessare da quel momento di avere l' usufrutto della porzione del predefunto, che gli aveva accordato.

278. La clausola stabilita nel contratto di matrimonio del figlio, che mediante la dote a lui somministrata da suo padre e da sua madre, il superstite di questi debba godere, durante la sua vita della porzione del predefunto ne' beni della comunione, comprende, come abbiamo veduto, due convenzioni: l' una che ha luogo tra il padre e la madre, colla quale si fanno la donazione reciproca, permessa dall' *art.* 281, de' beni della comunione, che il predefunto lascerà al momento della sua morte; e l'altra che ha luogo tra il padre e la madre, ed il figlio il quale riceve la dote che già è data col peso di lasciar godere il superstite della parte del predefunto ne' beni della comunione. Ora la condizione compresa nelle parole dell'*art.* 281, *purchè non si rimariti*, è apposta alla prima di queste convenzioni, avendola loro permessa lo Statuto sotto ad una tal condizione soltanto; ma questa condizione non concerne l' altra convenzione, colla quale il figlio riceve la dote somministratagli colla condizione di lasciar godere il superstite della porzione del predefunto; poichè il superstite, che non era obbligato di contribuire alla dote, ha potuto apporre alla dote che ha data tutte quelle condizioni che gli sembravano opportune. Quindi, se il figlio domanda al superstite, ch' è passato ad altre nozze, la porzione del predefunto ne' beni della comunione, il superstite avrà diritto di domandare al figlio, *per conditionem causa data, causa secuta*, che gli restituisca quella porzione ch' egli ha contribuito per la dote, o ciò che vale lo stesso, che il figlio lasci al superstite prelevare il totale della dote nella divisione che essi debbono fare de'beni della comunione.

ARTICOLO V.

Quali cose possano essere comprese nella donazione reciproca risultante dalla convenzione permessa nell' art. 281, e quali ne sieno i pesi.

§ 1. *Quali cose possano essere comprese in questa specie di donazione reciproca.*

279. Lo Statuto si spiega su questo proposito nel detto articolo, dicendo che il padre e la madre, maritando i loro figli, possono convenire che i detti figli *lasceranno go-*

dere il superstite de' mobili e coacquisti del predefunto.

Con queste parole, lo Statuto intende l' usufrutto della porzione del predefunto ne' beni della comunione, ed in ciò la specie di donazione reciproca permessa da quest' articolo è la stessa di quella permessa dall' *artic.* 280.

I crediti che il predefunto avea verso la comunione, ancorchè sieno mobili, non sono dunque compresi in questa specie di donazione reciproca; ed al contrario i beni proprj mobilizzati vi sono compresi sotto la parola di coacquisti, mentre la mobilizzazione li fa reputare tali.

280. Lo Statuto avendo ristretto a questi beni la donazione reciproca che esso permette ai conjugi di farsi coll' *art.* 281, un tal dono non può validamente consistere in altri beni.

Quindi, se nel contratto di matrimonio di un figlio si fosse detto, che, mediante la dote da lui ricevuta, lascerà godere il superstite di tutti i beni del predefunto, mobili, acquisti e beni proprj; tale donazione che i conjugi hanno inteso farsi con questa convenzione sarà nulla.

Anzi non sarà nulla soltanto riguardo a' beni proprj che lo Statuto non permette loro di donarsi; ma sarà nulla intieramente anche riguardo a' mobili e coacquisti de' quali avrebbero potuto donarsi l' usufrutto, qualora avessero limitato la loro donazione a questa specie di beni. Noi ne abbiamo addotta la ragione nella seconda parte, n. 167.

Ciò venne giudicato da una decisione del 14 luglio 1751, riferita da Denisart alla parola *Avantage*. Due conjugi avevano data una dote considerabile alla loro figlia, col peso che il superstite avrebbe goduto l'usufrutto tanto de' coacquisti quanto dei beni proprj del predefunto. Dopo la morte di uno de' conjugi il genero e la figlia offrirono d'imputare il totale della dote nell' eredità del predefunto, e chiesero il rendimento dei conti e la divisione de' beni. Il superstite all' incontro offrivasi a render conto de' beni proprj, e pretendeva di ritener l' usufrutto de' beni della comunione. Ma la sua offerta venne rigettata colla decisione suddetta, perchè la donazione reciproca stipulata nella convenzione di matrimonio, non essendo limitata ai soli beni, de' quali lo Statuto permette ai conjugi di disporre l' uno a favore dell' altro, era intieramente nulla.

Per la stessa ragione, avendo lo Statuto permesso ai conjugi di donarsi il solo usufrutto, se nel contratto di matrimonio del figlio si fosse detto, che, mediante la dote a questo somministrata, il superstite avrebbe la proprietà della porzione del predefunto sia ne' mobili sia in qualche altro effetto della comunione, questa convenzione sarebbe nulla, quando anche la proprietà della cosa, che ne forma l' oggetto, fosse di un valore molto minore dell' usufrutto di tutta la porzione del predefunto ne' mobili e coacquisti della comunione, che i conjugi avrebbero potuto donarsi.

281. Queste convenzioni sono nulle riguardo alla donazione reciproca che esse comprendono, potendo i conjugi donarsi soltanto ciò che lo Statuto loro permette, e nel modo da essa permesso; ma sono valide, per obbligare il figlio, che non le adempie, ad impiegare il totale della sua dote nell' eredità del predefunto; poichè il superstite, che poteva non contribuire alla dote di questo figlio, ha potuto dargliela a condizione di soddisfare a ciò ch' egli credette opportuno di prescrivergli.

282. I conjugi, maritando i loro figli, non possono donarsi più di ciò, nè cose diverse da quelle, che lo Statuto permette; ma possono donarsi una parte soltanto di queste cose. Essi, per esempio, possono convenire, maritando un loro figlio, che questo lascerà godere il superstite della porzione del predefunto ne' mobili della comunione, senza stipulare lo stesso riguardo ai coacquisti, ovvero che lo lascerà godere di certi effetti determinati, senza stipulare lo stesso riguardo al di più. Quest' è uno dei casi in cui devesi applicare la regola, che chi può il più, può anche il meno.

§ 2. *Quali sieno i pesi della specie di donazione reciproca permessa dallo art.* 281.

283. Lo Statuto non si è spiegato

riguardo a questi paesi nell' *art.* 281; ma siccome ciò che lo Statuto permette con quest'articolo a' conjugi di donarsi reciprocamente è lo stesso di ciò che permette loro di donarsi nell' articolo precedente, cioè l'usufrutto della totalità della porzione del predefunto ne'beni della comunione, così devesi facilmente sottintendere nello *art.* 281, che lo Statuto permetta loro di donarsi quest'usufrutto, sotto gli stessi obblighi che nell' *art.* 280 dichiarò essere annessi a quest'usufrutto, cioè l' obbligo di anticipare tanto le spese funerarie del predefunto, quanto la porzione de'debiti mobiliari della comunione cui il predefunto era tenuto. Non v'ha dubbio che il superstite, godendo della porzione del predefunto in virtù della convenzione permessa nell' *art.* 281, debba pagare tutte le annualità di rendite, tanto enfiteutiche che costituite, di cui sono gravati i beni della comunione, che decorreranno durante il tempo del suo usufrutto, ed è tenuto a tutti gli altri pesi degli usufruttuarj. *Vedasi* ciò che abbiamo detto nella seconda parte, *cap.* 6.

ARTICOLO VI.

Qual sia l' effetto della convenzione permessa dall' articolo 281.

284. L' effetto di questa convenzione si è che non sono ammissibili i figli che sono stati maritati con questa convenzione istessa, a domandare al superstite la divisione de' beni della comunione, specialmente quando non la domandino gli altri figli, che non essendo stati maritati con questa convenzione, avrebbero diritto di domandarla.

Noi vedremo *infra* se sieno ammissibili a domandare la loro porzione, anche nel caso in cui gli altri figli domandassero questa divisione.

285. Quando il figlio maritato con questa convenzione, è morto prima de' suoi genitori, i figli di questo figlio, che lo rappresentano nell' eredità del predefunto, o che sieno o che non sieno stati eredi del figlio che rappresentano, non possono domandare la divisione al superstite, come non l' avrebbe potuta domandare il figlio ch' essi rappresentano; poichè è massima stabilita, che i rappresentanti non possono avere nell' eredità un diritto maggiore di quello della persona che rappresentano: *Qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet.*

286. Ma *quid juris,* se il figlio maritato con questa convenzione, e morto prima de' suoi genitori era un figlio unico, per cui i figli di questo figlio vengono, non per rappresentazione, ma per ragione proibita, all'eredità del predefunto de' due conjugi, che hanno maritato questo figlio coll' obbligo di lasciar godere il superstite di essi della porzione de' beni della comunione appartenenti all' altro?

Bisogna distinguere in questo caso se i figli di questo figlio sieno stati suoi eredi, o no. Se sono stati suoi eredi, sono succeduti nell' obbligazione assunta col loro padre nel contratto di matrimonio al superstite, di lasciarlo godere della porzione del predefunto ne' beni della comunione; e quindi sono al par di lui inamissibili a domandare la divisione durante la vita del superstite stesso. Ma se essi hanno rinunciato all' eredità del loro padre, non essendo in tal caso succeduti nella sua obbligazione, e venendo d' altronde all' eredità del predefunto non rappresentando questo loro padre ma per ragion propria, nulla può impedir loro di godere, nella qualità di eredi del predefunto stesso, della porzione de' beni della comunione che esisteva tra lui ed il superstite, a meno che questi figli non fossero stati essi stessi maritati e dotati dal loro avo ed ava, coll' obbligo di lasciar godere il superstite de' beni suddetti.

287. Il figlio che venne maritato da suo padre e da sua madre colla convenzione di lasciar godere il superstite de' mobili e coacquisti del predefunto, non è ammissibile a domandarne la divisione al superstite stesso, sinchè una tal divisione non è domandata dagli altri figli; ma se un altro figlio non maritato con questa convenzione, o che non è maritato in alcun modo, domanda la di-

visione al superstite, qual è in tal caso l' effetto della convenzione in faccia a quel figlio nel cui contratto di matrimonio essa fu contratta? Le opinioni degli autori sono divise intorno ad una tale questione. Laurière e Ferrière credono che anche in questo caso il figlio, maritato con tale convenzione, sia tenuto ad eseguirla per ciò che lo riguarda, e debba per conseguenza lasciare al superstite l' usufrutto della parte che a lui spetta nella porzione di beni della comunione appartenenti all' eredità del predefunto. Anzi questi autori aggiungono che, quando vi sono nell' eredità del predefunto de' beni proprj, il figlio, che deve conferire nell'eredità stessa la metà della dote a lui data da suo padre e da sua madre, debba fare questa collazione sui beni proprj dell'eredità del predefunto piuttosto che sui beni della comunione, lasciando prelevare al figlio, che non è maritato, una quantità di beni proprj eguale a quella ch' egli deve conferire, affinchè con questo mezzo egli sia in istato d'adempire più pienamente l'obbligazione ch'egli si è assunta nel suo contratto di matrimonio verso al superstite, lasciandogli interamente l'usufrutto della porzione a lui spettante ne' mobili e coacquisti dell'eredità del predefunto.

Duplessis e Lemaître rigettano quest' opinione, siccome contraria al principio, che non permette che tra i figli, che vengono ad un' eredità, gli uni possano essere più favoriti degli altri pel fatto di colui della di cui eredità si tratta; lo che accaderebbe, se il predefunto avesse potuto validamente donare al superstite l'usufrutto della sua porzione de' mobili e coacquisti che spettano nella sua eredità al figlio maritato sotto questa condizione, mentre l' altro figlio godrebbe la piena proprietà della sua porzione. Quindi questi autori credono che la donazione reciproca dell' usufrutto de' mobili e coacquisti del predefunto che lo Statuto, nell' *art.* 281, permette ai padri ed alle madri di farsi maritando i loro figli, sia valida soltanto qualora tutti i figli che vengono alla successione del predefunto, sieno stati maritati con questa convenzione. Si aggiunge che tale è il senso grammaticale dell' *art* 281, poichè lo Statuto non si esprime *distributive*, dicendo per esempio padre e madre maritando alcuno dei loro figli, possono convenire che il detto figlio lascerà godere il superstite della parte a lui spettante nei mobili e coacquisti dell' eredità del predefunto; ma dice *conglobatim*: *Maritando i loro figli* possono convenire che *i detti figli lasceranno godere ec.* Non è dunque maritando alcuno dei loro figli, ma maritando tutti quelli che debbono venire alla successione del predefunto, che il padre e la madre possono farsi la donazione scambievole de'mobili e coacquisti del predefunto, permessa loro dallo Statuto. Deesi quindi presumere che ciascuno de'figli maritato sotto la convenzione permessa in quest' articolo, consenta di lasciar godere il superstite de' mobili e coacquisti del predefunto, nel caso soltanto che gli altri figli che verranno con lui all' eredità del predefunto, lasceranno parimenti che il superstite ne goda; sia che questi figli sieno stati maritati con una simile convenzione, sia che vogliano consentirvi volontariamente; ma dal momento che uno degli altri figli che non sia stato maritato con questa convenzione, o che non sia stato affatto maritato, provochi il superstite alla divisione de' beni della comunione, e domandi il godimento della parte che a lui spetta ne' mobili e coacquisti, quegli che venne maritato colla convenzione di lasciarne godere il superstite, sarà ammesso parimenti al godimento della sua porzione, senza che vi faccia ostacolo la convenzione fatta nel suo contratto di matrimonio.

Si replica a favore della prima opinione, che que' figli i quali hanno la piena proprietà della loro porzione ne' beni della comunione lasciati dal predefunto, non debbono riputarsi più favoriti del figlio, dotato, che ha soltanto la nuda proprietà della sua porzione ne' detti beni, de' quali dee lasciar l' usufrutto al superstite; poichè questo figlio trova il compenso di quest'usufrutto nel godimento della dote che il superstite gli ha sommi-

nistrata, la quale gli tien luogo ed è come il prezzo dell' usufrutto da lui lasciato al superstite. Quindi, sebbene non abbia l' usufrutto della sua porzione, come lo hanno gli altri fi gli suoi coeredi, non è però meno favorito di essi ne' beni dell' eredità del predefunto, perchè ne ha avuto l' equivalente.

Ciò deve ritenersi quand' anche l' usufrutto della porzione di questo figlio, lasciato al superstite, eccedesse di molto l' usufrutto della dote a lui somministrata dal superstite stesso; poichè se l' usufrutto di questa porzione trovasi in oggi di un maggior valore, poteva anche avvenire che si trovasse di un valor minore; ed egli ne ha corso il rischio, allorchè nel suo contratto di matrimonio ha trattato di quest' usufrutto col superstite. Non si può dunque dire ch' egli abbia percepito meno degli altri figli suoi coeredi, e che questi sieno stati più favoriti di lui nell' eredità del predefunto.

Sebbene un tal ragionamento distrugga assolutamente il principal fondamento della seconda opinione, e l' argomento dedotto dalle parole del testo non sia affatto concludente, potendosi benissimo intendere le parole dello Statuto *distributive*, come risulta dagli esempj riferiti al titolo *de legat.*, n. 186 delle mie Pandette, nulla dimeno sono assicurato che la seconda opinione, cioè quella di Duplessis e Lemaître, sia la più invocata e la più seguita nel foro. Io però non m' indurrei senza pena ad adottarla.

Secondo l' opinione di Duplessis, sebbene il figlio dotato e maritato colla convenzione che lascerà godere il superstite della porzione del predefunto ne' beni della comunione, non sia obbligato di lasciargli l' usufrutto della porzione a lui spettante, allorchè un altro figlio che non fu dotato con questa convenzione ne domanda la divisione, la convenzione deve almeno produrre l' effetto che il figlio sia obbligato d' imputare il totale della dote ricevuta da suo padre e da sua madre nell' eredità del predefunto, avendo voluto il superstite contribuire alla dote solamente nel caso ch' egli lo lasciasse godere de' mobili e coacquisti del predefunto.

287. Si è agitata la questione, se un figlio maritato e dotato da sua madre colla clausola di lasciar godere il superstite de' beni della comunione, qualora venga dal predefunto istituito suo legatario universale sia tenuto a lasciar godere il superstite di tutta la porzione ch' egli ha nei beni della comunione come legatario universale, o solamente di quanto gli sarebbe toccato per sua porzione ereditaria, prededotta la dote. Io credo che il superstite debba godere soltanto di questa porzione; perchè di questa porzione soltanto il figlio ha inteso trattare nella convenzione stipulata nel suo contratto di matrimonio, con cui si è obbligato a lasciare l' usufrutto al superstite. Egli non poteva allora trattare di quella che gli sarebbe pervenuta dal legato universale, poichè ignorava che il predefunto lo istituirebbe suo legatario universale.

ARTICOLO VII.

Dell' effetto della clausola di non poter provocare il superstite, nè ad inventario nè a divisione negli Statuti, che non permettono la specie di donazione reciproca, permessa da quello di Parigi nell' art. 281.

288. L' *art.* 281 dello Statuto di Parigi che permette ai padri e madri, maritando i loro figli, di farsi una specie di donazione reciproca de' mobili e coacquisti del predefunto, è una disposizione particolare dello Statuto di Parigi. Negli altri Statuti che non si sono spiegati su questo punto, sebbene i padri e le madri usino frequentemente di far inserire nel contratto di matrimonio de' loro figli la clausola che mediante la dote ricevuta, il figlio non potrà provocare il superstite nè ad alcun inventario nè a divisione; questa clausola non impedisce al figlio, allorchè diviene erede del predefunto, di domandare in questa sua qualità al superstite l' inventario e la divisione de' beni della comunione, cosicchè una tal clausola, in questi Statuti, non produce altro effetto, se non che il figlio, col domandare al superstite la divisione, mancando alla condizione sotto la quale il superstite ha contribuito alla dote,

è obbligato ad imputare il totale della dote ricevuta nella sua porzione di eredità del predefunto.

Questa convenzione che il figlio non potrà provocare il superstite alla divisione, non differisce da quella colla quale si conviene che la dote data dal padre e dalla madre al figlio sarà imputata nella successione del predefunto, se non perchè in quest' ultima non v' ha assolutamente che il solo predefunto che è riputato aver data la dote; e perciò debb' essere interamente imputata nell' eredità del predefunto, sia che il figlio non abbia domandata la divisione al superstite e l' abbia lasciato godere de' beni del predefunto, sia che abbia domandata questa divisione; mentre, al contrario, qualora siasi detto soltanto, che il figlio non potrà provocare il superstite alla divisione, la dote si reputa data da ambi i conjugi, e solamente si reputa che il superstite vi abbia contribuito colla condizione stabilità nel contratto, che il figlio non debba provocarlo alla divisione. Quindi allorchè il figlio contravviene alla condizione domandando la divisione al superstite, si reputa che il superstite non abbia contribuito alla dote, ed il figlio deve intieramente imputarla nell' eredità del predefunto; mentre all' incontro, quando il figlio ha soddisfatto alla condizione lasciandone godere il superstite sino alla fine della sua vita, venendo alla divisione dell' eredità del predefunto cogli altri figli che non sono stati dotati, è obbligato di conferire in questa eredità soltanto la metà della dote che ha ricevuta, e può ritenere l' altra metà, rinunciando alla eredità del superstite.

Lo stesso deve dirsi quando il figlio dotato da suo padre e da sua madre con questa clausola, abbia dopo la morte del predefunto divisi i beni della comunione col superstite, purchè egli non sia stato quegli che abbia domandato questa divisione.

APPENDICE

AL TRATTATO

DELLE DONAZIONI

FRA MARITO E MOGLIE

Interpetrazione dell'articolo 68 *dello Statuto del Dunois.*

1. L'articolo 68 dello Statuto di Dunois, locale di quello di Blois, contiene una disposizione particolare, colla quale non permette ai conjugi di donarsi cosa alcuna durante il loro matrimonio, fuorchè con una donazione reciproca confermata da un reciproco testamento, o con un testamento reciproco non preceduto da donazione.

Essendo questa una disposizione particolare di tale Statuto, e nessuno, che io sappia, avendo sin' ora pubblicato cosa alcuna intorno a tale Statuto, ho intrapreso di dare un' interpretazione dell' articolo che la contiene.

Questo articolo è così concepito; « Uomo e donna uniti in matrimonio, sani di mente, possono donarsi l' un l' altro per sempre, con donazione scambievole fatta tra vivi, e confermata da testamento, fatto però insieme, tanto la proprietà quanto l' usufrutto di tutti e di ciascuno de' loro beni mobili ed acquisti immobili, che essi avranno al momento della morte del primo, che cessa di vivere tra essi, e l' usufrutto di tutti i loro stabili proprj (*heritages propres*) durante la vita del superstite soltanto; e vale tale donazione, sia che abbiano sia che non abbiano figli, col peso però di nutrire, mantenere, e provvedere i loro figli secondo il loro stato, durante la loro minor età, e sinchè sieno maritati o altrimenti provveduti; e l' obbligo di pagare i debiti, i legati ed i funerali del predefunto; insieme ai pesi reali dovuti dai suddetti stabili, e mantenere gli stabili stessi, ed il detto donatario ne è all' istante investito.

Ma nelle dette signorie di Marchenoir e Freteval, quando esistano figli, i detti mobili e coacquisti non possono donarsi per sempre, e la donazione suddetta può farsi senza confermarla mediante testamento ».

Questa disposizione ha qualche rapporto coll' antico diritto romano, che era osservato prima del Senatus-Consulto emanato sotto gl' imperatori Severo ed Antonino Caracalla, riferito nella legge 32, ff. *de donat. int. vir. et uxor.* Infatti sebbene dietro questo Senatus-Consulto le donazioni tra conjugi fossero confermate di pieno diritto colla morte del donante senza averle rivocate, pure queste donazioni, secondo l'antico diritto, vigente prima del Senatus-Consulto istesso, non potevano esser valide qualora non fossero state espressamente confermate dal testamento del donante.

2. Prima però di venire all' inter-

pretazione di quest'articolo, avvi una questione preliminare da esaminarsi, cioè se la disposizione di tale articolo possa ancora aver luogo dopo l'Ordinanza di agosto 1735, che ha abrogato l'uso de' testamenti reciproci. Quest'Ordinanza nell'*art.* 77 si esprime così: « Abroghiamo l'uso de' testamenti o codicilli reciproci, fatti insieme da marito e moglie o da altre persone, e vogliamo che in avvenire sieno riguardati come nulli e di nessun effetto in tutti i paesi soggetti al nostro dominio ».

Una tal questione ebbe luogo nello Statuto del Dunois, e venne giudicato da una decisione del 27 marzo 1759, colla quale fu confermato un testamento reciproco tra marito e moglie del 12 settembre 1749, e perciò fatto posteriormente all'Ordinanza del 1735. Questa decisione, confermando un tale testamento, ha chiaramente giudicato che la disposizione del presente articolo non è stata abrogata dall'*art.* 77 dell'Ordinanza del 1735, e che continua ad aver luogo come prima.

Tale decisione è fondata sull'eccezione posta in fine dello stesso *art.* 77, in cui trovasi: « Senza nulla innovare ciò che concerne le donazioni reciproche a causa di morte, sinchè non vi sia da noi provveduto secondo la riserva stabilita nell'*art.* 46 della nostra Ordinanza del mese di Febbrajo 1731 ». E nel detto *articolo* 46 si dice: « Non intendiamo comprendere nelle disposizioni della presente Ordinanza ciò che riguarda le donazioni reciproche e le altre donazioni fatte tra marito e moglie . . . sinchè non siasi altrimenti da noi provveduto ».

La decisione ha giudicato che i testamenti reciproci permessi dallo Statuto del Dunois fra i conjugi, erano con ciò bastantemente eccettuati dalla disposizione dell'Ordinanza del 1735, che abolisce l'uso de' testamenti reciproci.

Un'altra ragione di quest'eccezione si è, che l'Ordinanza, abrogando l'uso de' testamenti reciproci, ha voluto soltanto ovviare, per quanto era possibile, alle suggestioni, che sono più da temersi ne' testamenti reciproci che ne' semplici, collo stabilire che le persone, che prima poteano fare le loro disposizioni testamentarie, o con testamenti semplici o con testamenti reciproci, non potessero in avvenire servirsi che del testamento semplice; ma la intenzione dell'Ordinanza non fu mai di togliere alle persone la facoltà di far quelle disposizioni testamentarie, che loro sono permesse dalle leggi, e di farle verso quelle persone a cui la legge permette di farle. L'Ordinanza dunque non ha avuto intenzione di proibire ai conjugi il testamento reciproco loro permesso dallo Statuto del Dunois; poichè questo Statuto, accordando loro soltanto la via del testamento reciproco per donarsi l'un l'altro i loro beni, e non accordandolo col testamento semplice, se il testamento reciproco fosse loro interdetto, non rimarrebbe altra via di donarsi scambievolmente cosa alcuna, e sarebbero quindi privati della facoltà loro accordata dalla legge, che regola i loro beni, di poterne disporre l'uno a favore dell'altro, lo che non fu intenzione dell'Ordinanza.

3. I testamenti reciproci permessi a' conjugi da quell'articolo dello Statuto, sono essi validi anche nelle signorie di Marchenoir e Freteval? La ragione di dubitare nasce dall'osservare, che in queste signorie essendo permesso a' conjugi di farsi la donazione reciproca, senza esservi bisogno che venga confermata da un reciproco testamento, com' è richiesto in tutto il restante del Dunois, l'abrogazione dei testamenti reciproci non li priva della facoltà di donarsi scambievolmente, giacchè possono farlo mediante donazione reciproca senza fare testamento reciproco. Nulla di meno bisogna decidere, che il testamento reciproco tra i coniugi deve aver luogo anche in queste signorie, poichè altrimenti i conjugi avrebbero bensì la facoltà di donarsi l'un l'altro, ma non avrebbero la facoltà di testare l'uno a favore dell'altro, essendo ciò loro permesso dallo Statuto col solo mezzo del testamento reciproco: ora l'intenzione dell'Ordinanza non fu di privare alcuno della facoltà di far testamento in favore di persone verso le quali le leggi permettono di disporre, come non lo fu di togliere la facoltà di far donazione.

4. Si osservi che l'uso dei testa-

menti reciproci essendo stato conservato nello Statuto di Dunois soltanto per le disposizioni, che permette ai conjugi di farsi con testamento reciproco, questo non può esser valido, che in quanto alle disposizioni che fanno l'uno a favore dell'altro; essi non possono più fare validamente, come prima dell'Ordinenza del 1735, delle disposizioni testamentarie a favore dei terzi, poichè la detta Ordinanza le proibisce: oggi ciascuno dei conjugi è obbligato di fare separatamente, fuori del testamento reciproco, e con un semplice atto di ultima volontà, tutte le disposizioni testamentarie che intende fare in favore dei terzi.

5. Si osservi che per mezzo del testamento reciproco permesso dal detto Statuto i conjugi possono disporre validamente a favore l'uno dell'altro dei beni dal medesimo regolati, cioè di quelli che vi sono situati, in qualunque luogo i conjugi abbiano il loro domicilio, e di quelli che non hanno situazione, quando i conjugi hanno il loro domicilio nel Dunois; ma con tal testamento reciproco non possono essi validamente disporre l'uno per l'altro dei beni retti da altri Statuti, che permettono semplicemente ai conjugi di farsi donazione con testamento; debbono disporre ciascuno separatamente dei detti beni col mezzo del testamento semplice.

Passiamo adesso all'interpretazione di quest'articolo. E perciò esamineremo in un primo paragrafo il motivo della sua disposizione. Tratteremo in un secondo paragrafo, della natura delle donazioni e testamenti che permette. In un terzo, vedremo quali sono i conjugi, ai quali è permesso dallo stesso articolo di farsi donazione reciproca; nel quarto, quali sono i beni che permette di donare; nel quinto, quali sono gli obblighi che impone al donatario; finalmente tratteremo nel sesto, dell'esecuzione della donazione reciproca permessa dal detto articolo.

§ 1. *Del motivo della disposizione dell'articolo.*

6. In primo luogo esamineremo il perchè lo Statuto non permetta ai conjugi di farsi donazione non già col mezzo di doni o legati semplici, che potessero farsi l'uno all'altro, ma per mezzo soltanto di disposizioni reciproche. La ragione di ciò si è, che la donazione tra vivi o testamentaria semplice, che l'uno dei conjugi potesse fare all'altro, è un vero vantaggio. Lo Statuto non la permette, perchè è contraria alla legge generale che proibisce ai conjugi di avvantaggiarsi in qualunque modo durante il matrimonio; al contrario permette loro di donarsi con donazione reciproca, o con testamento egualmente reciproco, perchè i vantaggi risultanti da questi atti non sono che vantaggi improprj, poichè ciò che il superstite riceve nella donazione fattagli dal predefunto non è tanto un vantaggio, che abbia dal medesimo ricevuto, quanto il prezzo del rischio, cui si è esposto di lasciarne altrettanto o quasi altrettanto nel caso che l'altro conjuge fosse a lui sopravvissuto.

7. Ci resta ad esaminare il motivo pel quale vuole lo Statuto che la donazione reciproca fattasi dai conjugi, venga confermata da un testamento reciproco. Tale motivo sembra risultare dal timore ch'ebbe lo Statuto che il grande ascendente che l'unïon conjugale dà spesse volte ad uno de' conjugi sulla volontà dell'altro, non impedisse che il consenso prestato alla donazione reciproca non fosse sempre così libero e così perfetto, come debbe esser quello, che si presta ad un atto irrevocabile. Quindi lo Statuto ha voluto che possano farsi la donazione reciproca, che loro permette soltanto con atti revocabili, acciocchè la facoltà ch'essi conservano di rivocarlo fosse un rimedio alla mancanza di libertà, che avrebbero potuto avere nel fare la donazione.

§ 2. *Della natura delle donazioni e de'testamenti permessi da quest' articolo.*

8. L'articolo dice: *possono donarsi l'un l'altro con donazione reciproca fatta tra vivi confermata da testamento*. Sebbene l'articolo siasi servito delle parole *fatta tra vivi*, nulla di meno le donazioni reciproche, che permette ai conjugi, non sono ve-

re donazioni tra vivi, ma bensì donazioni a causa di morte; poichè dopo di avere i conjugi fatta la donazione reciproca, ciascuno di essi può distruggere la donazione fatta all'altro, sia col non fare il testamento reciproco che è necessario per confermarla, sia rivocando quello col quale l'avesse già confermata. Queste donazioni mancano dunque del carattere d' irrevocabilità, che è essenziale alle donazioni tra vivi, ed hanno all' incontro il carattere di revocabilità, che è il carattere distintivo delle donazioni a causa di morte. Quindi le parole *fatta tra vivi*, non significano altro senonchè *concepita nei termini e fatta colle forme esteriori di una donazione tra vivi*, ma non vogliono dire che sia una vera donazione tra vivi.

9. Ciò che abbiamo detto, soffre però un'eccezione, riguardo alle donazioni reciproche fatte nelle signorie di Marchenoir e di Freteval, poichè in fine dell'articolo si stabilisce, che queste non han bisogno di esser confermate con testamento. Nulla quindi impedisce di riguardarle come vere donazioni tra vivi irrevocabili, e pari in questo punto alle donazioni reciproche, che i conjugi si fanno durante il matrimonio negli altri Statuti.

I conjugi, in queste due signorie, possono avvantaggiarsi in due maniere diverse, o con una donazione reciproca tra vivi che è irrevocabile, o con un testamento reciproco, allorchè vogliono conservare la facoltà di rivocare la donazione.

10. Nel rimanente della provincia del Dunois, sebbene lo Statuto sembri accordare ai conjugi due vie di avvantaggiarsi, cioè quella della donazione reciproca che deve esser confermata da un testamento reciproco, e quella del testamento reciproco solo; propriamente parlando però ne accorda soltanto una, che è quella del testamento reciproco. Infatti la donazione che lo Statuto permette loro di farsi, e che ha bisogno di esser confermata da un reciproco testamento, è un atto totalmente inutile e superfluo, poichè non può avere un effetto maggiore del semplice testamento reciproco non preceduto da alcuna reciproca donazione.

11. Il testamento reciproco permesso dallo Statuto ai conjugi, per la sua natura di testamento, è revocabile colla sola volontà di uno dei conjugi che l'hanno fatto, senza che siavi bisogno che la volontà dell'altro concorra a questa rivocazione.

Uno de' conjugi, rivocando il testamento reciproco da essi fatto, distrugge non solo la donazione testamentaria da lui fatta all' altro conjuge col testamento stesso, ma distrugge egualmente quella, che l' altro conjuge ha fatta a lui, ancorchè questi dichiarasse espressamente di perseverare nella sua volontà; poichè la donazione testamentaria, che un conjuge fa all' altro, non sussistendo più, attesa la seguita rivocazione, quella che l' altro conjuge ha fatta a lui, cessa di esser reciproca, e non essendo reciproca non può più sussistere; poichè lo Statuto ha permesso ai conjugi di avvantaggiarsi l' un l'altro soltanto con disposizioni scambievoli.

12. Ricard, nel suo *Trat. della Donazione Reciproca*, n. 237, porta una limitazione al principio della revocabilità de' testamenti reciproci, dicendo che, regolarmente, sebbene i testamenti sieno rivocabili sino all' ultimo momento della vita del testatore, nulla di meno quando due persone han fatto un testamento reciproco l'una a vantaggio dell' altra, non debbono aspettare a rivocarlo nelle ultime estremità, e che deve riputarsi fraudolenta e dichiararsi nulla la rivocazione, che ne fosse fatta dal predefunto durante l' ultima sua malattia, e poco prima della sua morte; non essendo giusto che il superstite, dopo aver corso tutto il rischio di lasciare i suoi beni al predefunto, qualora questi a lui fosse sopravvissuto, colla speranza di raccogliere i beni di lui nel caso contrario, mediante la rivocazione del testamento reciproco debba vedersi privo del diritto di raccogliere il frutto di queste speranze, quando era sul punto di raccoglierlo. È in certa guisa contrario alla buona fede, che quel predefunto, il quale non ha rivocato il testamento reciproco, sinchè ha potuto sperare d' esser egli il superstite e di raccoglierne il benefizio, tolga al superstite questo

beneficio stesso quando vede che questi è sul punto di raccoglierlo.

Ricard convalida la sua opinione con due decisioni, una del 12 aprile 1613, e l'altra del 18 marzo 1617, riferite da Brodeau, sopra Louet, *lettera* T, *art*. 10, le quali hanno dichiarata nulla una rivocazione di donazione reciproca, fatta da un conjuge durante l'ultima sua malattia, nello Statuto di Poitou ove, secondo l'*art*. 213 del detto Statuto, la donazione reciproca è una donazione a causa di morte, rivocabile da uno de' conjngi senza il consenso dell'altro.

13. Ricard richiede inoltre, per la validità della rivocazione del testamento reciproco, che quel conjuge, che l'ha fatta, l'abbia anche notificata all'altro conjuge con un atto capace di far prova. Egli si fonda sopra due decisioni del 15 giugno 1591 e del 9 luglio 1618, riferite da Brodeau nello stesso luogo, colle quali venne dichiarata nulla la rivocazione di un testamento reciproco fatta dall'una delle parti senza essere stata notificata all'altra. Così venne giudicato per impedire le frodi, poichè qualora si soffrisse che queste rivocazioni potessero essere tenute segrete, un conjuge avrebbe una via aperta per potere, in frode della reciprocazione, che deve esservi nel testamento, profittar solo della donazione testamentaria, che gli è stata fatta dall'altro conjuge, senza che questi potesse mai profittare di quella ch'ei gli ha fatta, facendo comparire la sua rivocazione soltanto nel caso che l'altro conjuge sopravviva, per privarlo del beneficio del testamento reciproco, e tenendola occulta allorchè l'altro conjuge premuoja.

14. Ricard osserva giustamente che sebbene nel caso di queste due decisioni la rivocazione del testamento reciproco fatta dal conjuge predefunto non fosse stata affatto notificata all'altro conjuge mentre viveva, e fosse stata prodotta soltanto dopo la sua morte, nulla di meno dovrebbe essere parimenti dichiarata nulla in caso che si fosse aspettato per notificarla, il tempo dell'ultima malattia del predefunto, che l'ha fatta, dovendosi temere in questo caso la stessa frode, come nel caso in cui la notificazione non fosse affatto stata fatta; infatti è lo stesso che non siasi notificata in alcun modo la rivocazione del testamento reciproco, o che siasi aspettato per notificarla, il tempo in cui non si aveva più speranza di sopravvivere e di profittare del testamento reciproco.

15. Ci resta da osservare, intorno alla natura della donazione reciproca permessa da questo Statuto, che sebbene, come l'abbiamo osservato *supra*, *n*. 6, si possa in certo modo riguardarlo non come un vantaggio propriamente detto, che il predefunto abbia fatto al superstite donatario reciproco, il quale in certa guisa si reputa aver comprato ciò che gli è stato donato col rischio corso di lasciare altrettanto al predefunto, qualora questi fosse rimasto superstite; nulla di meno quando si considera tale donazione dal lato del motivo, che ha indotto i conjngi a farla, che è quello dell'amicizia e della beneficenza, e dal lato del fine che si sono proposti, che è quello di far del bene al superstite, la donazione può ritenersi come una vera donazione che il predefunto abbia fatta al superstite. Quindi, allorchè il superstite donatario reciproco passa a seconde nozze, dee, conformemente alla disposizione del secondo capo dell'editto delle seconde nozze, conservare a' figli del suo primo matrimonio tutto ciò, che ha raccolto in conseguenza di questa donazione reciproca, per esser loro restituito dopo la sua morte. Così venne giudicato da una sentenza del Baliaggio di Blois del 20 giugno 1750, in conferma di quella del Baliaggio, di Châteaudun.

§ 3. *Fra quali conjugi lo Statuto permetta le disposizioni comprese in quest' articolo.*

16. Lo Statuto dice: *Uomo e donna uniti in matrimonio*. È evidente che ciò si riferisce soltanto ai conjugi uniti da un matrimonio validamente contratto e che abbia gli effetti civili, o da un matrimonio che, sebbene non sia validamente contratto, abbia però gli effetti civili in conseguenza della buona fede delle parti.

Veggasi ciò che abbiam detto su tale proposito nel nostro Trattato, *supra*, n. 30.

17. Bisogna in secondo luogo che i conjugi abbiano i diritti di cittadino. È vero che, secondo ciò che abbiamo insegnato nel nostro *Trattato della Donazione Reciproca*, n. 159, gli stranieri domiciliati in Francia, ancorchè non naturalizzati, possono fare le donazioni scambievoli tra vivi permesse dagli Statuti fra marito e moglie, ma ciò deriva dal che queste donazioni reciproche tra vivi sono un atto che appartiene al diritto delle genti, del quale gli stranieri sono capaci al pari de' cittadini. Non può dirsi lo stesso de' testamenti. Questi appartengono al diritto civile, che gli ha stabiliti soltanto pe' cittadini, e gli stranieri, che non hanno i diritti di cittadinanza, ne sono incapaci. Essi dunque non possono essere capaci di farsi validamente la donazione reciproca permessa ai conjugi dallo Statuto, essendo incapaci di fare il testamento reciproco necessario per confermarla.

Nelle signorie di Marchenoir e Freteval, essendo permesso ai conjugi di farsi la donazione reciproca senza che siavi bisogno di confermarla con testamento, anche i conjugi stranieri, sebbene non naturalizzati, possono farsi tale donazione.

18. Acciocchè il testamento reciproco permesso dallo Statuto ai conjugi, possa esser valido, bisogna che al tempo della composizione del testamento stesso, uno de' conjugi non fosse di già aggravato dall'ultima sua malattia che l'abbia dopo condotto a morte; poichè se ciò fosse, il testamento reciproco sarebbe nullo da ambedue le parti; la ragione si è, come lo abbiamo osservato *supra*, n. 6, che le donazioni permesse dallo Statuto ai conjugi, non debbono essere tanto donazioni che comprendano un vantaggio fatto al superstite dal predefunto, quanto il prezzo del rischio che il superstite ha corso di lasciare altrettanto o quasi altrettanto al predefunto, qualora il predefunto fosse rimasto superstite. Bisogna quindi che il testamento permesso dallo Statuto, sia un testamento reciproco, e ambedue le parti possano ragionevolmente sperare di sentirne il beneficio. Ora essendo evidente che il testamento reciproco fatto da due conjugi, l'uno de' quali trovavasi di già aggravato da quella malattia che poco dopo l'ha condotto a morte, non può avere questo carattere; ne viene in conseguenza che questo non è il testamento permesso dallo Statuto, e che non può essere valido.

19. *Quid* se al tempo in cui fu fatto il testamento reciproco, ambedue le parti fossero egualmente aggravate da malattie, di cui sono morte ambedue, talmente che fosse allora assolutamente incerto, chi dei due sarebbe il primo a morire? Il loro testamento reciproco sarebbe valido in questo caso? Un giureconsulto della provincia da me consultato intorno ad una tale quistione, l'ha trovata soggetta a molte difficoltà; io però credo che il testamento sarebbe valido. È vero che nello Statuto di Parigi e negli altri simili, la donazione reciproca fatta durante l'ultima malattia de' conjugi non può essere valida; ma la ragione di ciò è, che la donazione reciproca permessa da questi Statuti è una donazione tra vivi, e secondo i principj del nostro diritto francese, le persone aggravate dell'ultima loro malattia, allorchè questa è già vicina a condurle alla morte, non sono capaci di fare donazioni tra vivi. Ma la donazione reciproca permessa dallo Statuto del Dunois, è una donazione testamentaria; ed il testamento essendo un atto di tal natura da potersi fare, ed anche da farsi spesso durante l'ultima malattia, i conjugi, ancorchè aggravati ambedue della malattia di cui sono morti, sono capaci di farsi questa donazione reciproca testamentaria. Se nel caso precedente, in cui si è supposto che quando fu fatto il testamento reciproco uno solo de' conjugi era aggravato dall' ultima sua malattia, il testamento reciproco non è valido, ciò nasce dal solo motivo che il testamento in questo caso non è propriamente *reciproco*; poichè il solo moribondo è quegli che dona all' altro conjuge, non potendosi seriamente considerare come donazione quella che l'altro conjuge fa al moribondo in caso che a lui sopravviva, essendo moralmente certo che questa circostanza è impos-

sibile a verificarsi. Ma una tal ragione non riscontrasi nel caso, in cui quando si fa il testamento ambedue i conjugi erano del pari aggravati dell'ultima loro malattia, talmente che era incerto quale dei due dovesse prima morire, potendo ciascuno di essi ragionevolmente sperare di sopravvivere all'altro e di raccogliere il benefizio del testamento. Il testamento è dunque in questo caso un vero testamento reciproco, ed io non veggo ragione alcuna per cui non debba esser valido. Anzi io credo inoltre, che qualora fosse provato, che quando fu fatto il testamento reciproco ambedue i conjugi erano gravemente ammalati, e in un eguale o quasi eguale pericolo di morte, la donazione reciproca fatta al superstite dal predefunto, morto di questa malattia, non cesserebbe di esser valida, ancorchè il superstite stesso si fosse dopo rimesso in salute, bastando a tal fine che quando si fece il testamento, fosse assolutamente incerto quale dei due morirebbe prima, e che ciascuno di essi abbia potuto ragionevolmente sperare di raccogliere il benefizio del testamento.

20. Acciocchè i conjugi, in questo Statuto, possano farsi una donazione reciproca, è necessario che sieno in comunione di beni? Il giureconsulto da me consultato intorno ad una tale questione ritiene l'affermativa, ed appoggia la sua opinione all'autorità di una nota all' *art.* 68, che trovasi in un antico manoscritto ch'ei possiede. Io convengo che i conjugi, che non sono in comunione di beni, non possono farsi alcuna donazione reciproca della proprietà; lo Statuto avendo permesso ai conjugi soltanto la donazione reciproca della proprietà de'beni della loro comunione, come lo vedremo nel § seguente, ne viene di necessaria conseguenza, che que'conjugi, i quali non sono in comunione di beni, non potendo aver beni di questa specie, non possono farsi alcuna donazione reciproca della proprietà. Ma lo Statuto avendo altresì permesso ai conjugi di donarsi l' usufrutto de' loro beni proprj, io non veggo ragione alcuna che impedisca ai conjugi, che non sono in comunione di beni, di farsi questa donazione reciproca dell'usufrutto; infatti lo Statuto non avendo detto, che i conjugi debbano essere in comunione di beni per farsi questa donazione reciproca dell' usufrutto, non si deve esigere ne' conjugi una qualità che non è dallo Statuto richiesta. Si oppone che la donazione reciproca che lo Statuto permette ai conjugi di farsi dell'usufrutto de'loro beni proprj, è soltanto un accessorio di quella de'beni della loro comunione; che l'accessorio non potendo esistere senza il principale, i conjugi, che non sono in comunione, non potendo donarsi ciò che vi ha di principale nella donazione reciproca permessa dallo Statuto, non possono donarsi neppure il solo accessorio. Ma io rispondo a quest' obbiezione col negare il principio, che la donazione reciproca dell'usufrutto de'beni proprj permessa dallo Statuto, sia *soltanto* un accessorio della donazione dei beni della comunione. Io nulla veggo nel testo dell' *art.* 68 da cui si possa dedurre questo preteso principio; il dono reciproco dell'usufrutto de'beni proprj sembrami permesso come donazione principale al pari di quella de' beni della comunione.

21. Si osservi però, che per rendere valida la donazione reciproca, fatta da due conjugi, non in comunione di beni, dell'usufrutto di tutti i loro beni, bisogna che non vi sia fra essi una troppo grande ineguaglianza di fortuna; perchè in questo caso tale ineguaglianza, che si troverebbe nel loro dono reciproco, sarebbe contrario alla natura del dono reciproco permesso dallo Statuto, il quale non debb' essere un vantaggio che l'uno de'conjugi faccia all' altro, come abbiamo osservato *supra, n.* 6.

Quindi in caso che siavi questa grande sproporzione di fortune, acciocchè la donazione reciproca, che i conjugi vogliono farsi sia valida, bisogna che venga stabilito nel contratto *che i conjugi si fanno da una parte e dall'altra una donazione reciproca al superstite di essi dell' usufrutto de'loro beni, ma solamente sino alla concorrenza di una tal somma di rendita annua*, la qual somma non deve eccedere l'ammontare delle entrate del meno ricco fra i conjugi.

22. Nulla influisce che i conjugi sieno maggiori o minori, mentre lo Statuto non ha prescritto l'età, che essi debbono avere, e gli è bastato il dire che debbono esser sani di mente.

§ 4. *Delle cose di cui quest'articolo permette di disporre.*

23. Il testo dello Statuto dice: *Possono donarsi l'un l'altro . . . tutti e ciascuno de'beni mobili ed acquisti immobili, tanto in proprietà quanto in usufrutto, che avranno all'epoca della morte del primo a morire fra essi, e l'usufrutto di tutti i loro beni proprj durante la vita del superstite soltanto.*

Risulta da queste parole che l'articolo permette ai conjugi di disporre scambievolmente l'uno a favore dell'altro di tutti i loro beni di qualunque natura si sieno, colla distinzione, che permette loro di donarsi, non solo l'usufrutto, ma anche, se vogliono, la proprietà de'loro *beni mobili ed acquisti immobili*; mentre invece permette loro di donarsi soltanto l'usufrutto de' loro stabili proprj.

24. Cosa intende lo Statuto colle parole *acquisti immobili?* Lo Statuto istesso ne dà la spiegazione con ciò che soggiunge in fine dell'articolo: *Ma nelle dette signorie di Marchenoir e Freteval, quando esistano figli,* I DETTI *mobili e coacquisti non possono donarsi per sempre.* La parola *i detti*, che è relativa a quanto disse sopra degli *acquisti immobili*, dichiara bastantemente che questi *acquisti immobili* sono gli stessi che qui vengono chiamati *coacquisti*, e per conseguenza sotto alla parola di *acquisti immobili* sono compresi i soli coacquisti della comunione, e non gli acquisti fatti da ciascuno de'conjugi prima del matrimonio, che non furono messi in comunione, e che sono beni proprj di comunione. Lo Statuto, nello *art.* 52, dà anche promiscuamente agli stabili della comunione il nome di *coacquisti* e di *acquisti.*

25. Parimenti, colle parole, *e dello usufrutto di tutti i loro stabili proprj*, lo Statuto intende tutti gli stabili *proprj di comunione*, non solo gli stabili patrimoniali, che sono pervenuti a'conjugi per successione, ma anche quelli, ch'essi hanno acquistati prima del loro matrimonio, e che sono *proprj* di comunione. Ciò è una conseguenza dell'interpretazione da noi data alle parole *acquisti immobili.* Lo Statuto non avendo posti gli acquisti fatti prima del matrimonio sotto le parole *acquisti immobili*, nella classe de'beni dei quali permette ai conjugi di donarsi la proprietà, ne viene di conseguenza che gli ha collocati, sotto le parole *stabili proprj*, nell'altra classe di beni, di cui permette ai conjugi di donarsi soltanto l'usufrutto.

Quest'interpretazione è autorizzata da una antica decisione, conosciuta nella provincia sotto al nome di decisione dei Pichery, colla quale, secondo la tradizione degli antichi pratici, venne giudicato che gli acquisti immobili fatti prima del matrimonio, erano compresi in quella classe di cui questo articolo permette ai conjugi di donarsi soltanto l'usufrutto.

La ragione della differenza fatta dallo Statuto fra gli stabili coacquisti della comunione e gli altri stabili de'conjugi, permettendo loro di donarsi scambievolmente la proprietà de'primi, e soltanto l'usufrutto de'secondi, deriva dal favore che a questo riguardo meritano i coacquisti che sono frutti del loro comune lavoro.

26. Si può fare una seconda questione sull'interpretazione delle parole, *e ciascuno de'loro beni mobili ed acquisti immobili*, cioè sapere se nelle parole, *loro beni mobili*, lo Statuto comprenda i soli beni mobili, che compongono la loro comunione, siccome comprende i soli acquisti di comunione nelle parole *acquisti immobili*; e se invece nelle parole *tutti e ciascuno de'loro beni mobili*, comprenda tutti i loro beni mobili senza alcuna eccezione, cioè tanto quelli componenti la comunione quanto gli altri.

Lo Statuto avendo unite le parole, *tutti e ciascuno de' loro beni mobili*, alle altre *ed acquisti immobili*, vi ha luogo a credere che le abbia intese nello stesso senso. Ora si è dimostrato nel n.° precedente che lo Statuto nell' articolo 68, colle parole *acquisti immobili*, ha inteso soltanto gli acquisti immobili della comunione;

dunque avvi luogo a credere che colle parole *tutti e ciascuno de'loro beni mobili*, abbia parimenti inteso i soli mobili della comunione. Si aggiunge inoltre che secondo il linguaggio ordinario degli Statuti, quando uniscono la parola *mobili* alla parola *coacquisti*, dicendo *mobili e coacquisti*, intendono per *mobili* i soli mobili compresi nella comunione, come nell'*artic.* 281 dello Statuto di Orleans, in cui trovasi: « Marito e moglie . . . possono farsi donazione reciproca *dei loro mobili e coacquisti immobili* »; e nessuno ha mai dubitato, che colle parole *loro mobili* lo Statuto non intenda i soli mobili della comunione. Dunque parimenti le parole dell'*art* 68, *tutti e ciascuno de' loro beni mobili ed acquisti immobili*, equivalendo alle parole, *mobili e coacquisti immobili*, debbon comprender soltanto i mobili della comunione.

Si opporrà forse che lo Statuto, dopo aver collocati in una prima classe i beni che permette ai conjugi donarsi scambievolmente anche in proprietà, colloca in seguito in una seconda classe quelli, di cui permette loro soltanto di donarsi reciprocamente l'usufrutto; e per dichiarare quali sieno i beni di cui questa seconda classe è composta, s'esprime così: *L'usufrutto di tutti i loro stabili proprj durante la vita del superstite soltanto.* Ora, si dirà, le parole *stabili proprj*, debbono estendersi ai soli proprj reali, cioè ai veri immobili. Dunque non si posson comprendere i beni mobili, che ciascuno de' conjugi ha fuori della comunione, e che diconsi proprj fittizj, nella seconda classe di beni di cui lo Statuto permette ai conjugi di donarsi reciprocamente soltanto l'usufrutto, e quindi debbono comprendersi nella classe di cui permette ai conjugi di donarsi reciprocamente la proprietà.

Ma si risponde che sebbene le parole, *stabili proprj* (heritages propres) nel loro vero senso comprendano soltanto gl'immobili reali, nulla di meno alcune volte *latu sensu* comprendono tutti i beni *proprj*, ed anche i proprj fittizj, cioè i beni mobili, che per finzione si riguardano come immobili e stabili ad oggetto che non entrino in comunione. Ora in questo senso più esteso le parole *stabili proprj* sono usate nel nostro articolo, e tale è l'interpretazione loro data dalla pratica nella provincia del Dunois. Non son più di due anni infatti che la questione essendosi presentata al Baliaggio di Châteaudun, venne giudicato che i beni mobili proprj di ciascuno dei conjugi, poteano entrare nella donazione reciproca riguardo all' usufrutto soltanto. È vero però che di questa sentenza venne interposto l'appello a Blois, e da Blois al Parlamento, dov' è tuttora pendente.

27. Intorno alla disposizione dello articolo che permette ai conjugi di farsi una donazione reciproca dei loro mobili e coacquisti, tanto in proprietà quanto in usufrutto, si può fare la questione seguente: Uno dei conjugi potrebbe donare all' altro la proprietà de' suoi mobili e coacquisti, qualora l'altro gli donasse soltanto l' usufrutto de' suoi? Questa donazione sarebbe ella valida? Io credo che sarebbe nulla, perchè mancherebbe di esser *reciproca* riguardo alla proprietà; e lo Statuto permette ai conjugi solo le donazioni reciproche.

Si opporrà forse che lo Statuto non avendo detto, come quello di Parigi, che i conjugi debbono donarsi *egualmente*, basta, acciocchè la donazione reciproca sia valida, che ciascun conjuge abbia donato qualche cosa all'altro, senza esser necessario che ciascuno di essi doni all'altro tanto quanto l'altro dona a lui; e quindi si concluderà che tale donazione non cessa di esser valida, sebbene l'uno abbia donato la proprietà della sua porzione di beni della comunione all'altro, e questi gli abbia donato soltanto l'usufrutto della sua.

Io rispondo che se lo Statuto non ha espresso, come quello di Parigi, la necessità dell'eguaglianza nella donazione reciproca, si deve solamente concluderne ch'egli non richiede una eguaglianza così rigorosa come quella che richiede lo Statuto di Parigi. Quindi la donazione reciproca, ch'egli permette ai conjugi di farsi dell'usufrutto di tutti i loro beni proprj, non cessa di esser valida, sebbene un con-

juge abbia più beni proprj dell'altro. Purchè i conjugi si donino pienamente l' un l' altro ciò che possono donarsi, lo Statuto non bada a qualche ineguaglianza che esista nella qualità delle cose donate; ma lo Statuto non intende di permettere una donazione, che sebbene reciproca *aliquatenus*, presenta però un evidente vantaggio che l'uno de' conjugi fa all'altro. Lo spirito dello Statuto, nel permettere tra i conjugi le sole donazioni reciproche, come abbiam di già osservato, *supra*, *n*. 6, si fu di non permettere che l'uno de'conjugi potesse vantaggiar l' altro durante il matrimonio, e di non riguardare la donazione reciproca loro permessa come un vantaggio, ciascun conjuge avendo la speranza di ricevere dall'altro altrettanto, o quasi altrettanto, di ciò che gli dona. Ma la donazione della proprietà della metà de'beni della comunione, fatta da un conjuge all'altro, che dal canto suo non gli dona che l'usufrutto della sua metà, può considerarsi soltanto come un vantaggio ch'egli gli fa, e che non può per conseguenza esser valido.

28. La donazione di colui, che ha donato la proprietà, è riducibile in questo caso all' usufrutto, o è assolutamente nulla la donazione da una parte e dall' altra? *Vedasi* il nostro *Trattato della Donazione Reciproca*, *n*. 167, in cui noi riportiamo le ragioni sulle quali Ricard prova che la donazione reciproca è assolutamente nulla da ambedue le parti.

29. In caso che per una clausola del contratto di matrimonio, la moglie avesse soltanto il terzo de' beni della comunione, se ella donasse la proprietà di questo terzo a suo marito, il quale dal canto suo le donasse soltanto l'usufrutto della sua porzione, il dono reciproco sarebbe egli valido? La ragione di dubitare è, che la moglie donando a suo marito la proprietà del terzo a lei spettante nei beni della comunione, che si troveranno al momento della sua morte, riceve dal marito un giusto equivalente colla donazione, ch' egli le fa dell' usufrutto dei due terzi de' beni stessi, lo che impedisce di potere considerare come un vantaggio la donazione da lei fatta della proprietà del suo terzo.

Io però credo che in questo caso la donazione non sarebbe valida per mancanza di reciprocazione; poichè per esser veramente reciproca, non basta che ambedue le parti si donino qualche cosa, ma bisogna che la doniuo nella stessa maniera, lo che non si verifica quando uno de'conjugi dona una proprietà, e l' altro un usufrutto. Quindi nel caso in cui la moglie entrando nella comunione per un terzo, ha soltanto un terzo de' beni comuni da donare a suo marito, questi può donare a lei parimenti soltanto un terzo, cioè la metà della sua porzione; e debbono ambedue comprendere in questa donazione reciproca o il solo usufrutto, o la proprietà.

30. Si possono inoltre presentare alcune questioni intorno alla donazione reciproca che lo Statuto permette ai conjugi di farsi dell' usufrutto dei loro beni proprj. Non si può negare che qualora uno solo de'conjugi abbia de'beni proprj, non può unire l' usufrutto di questi suoi beni proprj alla donazione de' suoi mobili e coacquisti fatta all'altro conjuge, che non ha beni proprj; poichè la donazione non sarebbe reciproca riguardo a questo usufrutto de' suoi beni proprj; e la sola addizione, ch' egli solo farebbe alla donazione de' mobili e coacquisti, dovrebbe considerarsi come un vantaggio fatto all'altro conjuge.

31. Quando uno de'conjugi ha una considerabile quantità di beni proprj e l'altro ne ha soltanto uno di poca considerazione, *puta* una rendita di uno scudo, è come se uno de' conjugi avesse de' beni proprj e l' altro non ne avesse affatto, poichè nelle cose morali, *parum pro nihilo reputatur*.

32. Allorchè ambedue i conjugi hanno una quantità di beni proprj di qualche considerazione, sebbene uno ne abbia più dell' altro, possono ambedue aggiungere alla donazione reciproca de' loro mobili e coacquisti l' usufrutto di tutti i loro beni proprj, senza che si debba riputare che quegli, che ne ha più, abbia con ciò

fatto all' altro un vantaggio; poichè, come abbiamo osservato *supra*, n. 21, lo Statuto con questo articolo 68 non ha richiesto nella donazione reciproca una rigorosa eguaglianza, come ha fatto lo Statuto di Parigi, ma ha seguito al contrario il principio del diritto romano: *Non amare nec tanquam inter infestos jus prohibitae donationis tractandum est*; *l.* 28, § 2, *ff. de donat. int. vir. et uxor.* Se fosse necessaria un'eguaglianza rigorosa nella donazione reciproca che lo Statuto permette a' conjugi di farsi dell' usufrutto de' loro beni proprj, non si verificherebbe quasi mai il caso in cui tale donazione potesse aver luogo, essendo accidente rarissimo ad avvenire che ambedue i conjugi abbiano precisamente una egual quantità di beni proprj.

33. Io ho veduto agitarsi la quistione, se quando un solo de' conjugi abbia de' beni proprj reali, possa donarne l' usufrutto all' altro conjuge, il quale dal canto suo gli doni soltanto l' usufrutto de' suoi beni proprj convenzionali, non avendone reali; e parimenti se quando uno solo de' conjugi abbia de' beni proprj convenzionali, possa donarne l' usufrutto all' altro conjuge, il quale dal canto suo gli doni soltanto l' usufrutto dei suoi beni proprj reali, non avendone convenzionali. Alcuni credono che quando uno solo de' conjugi abbia dei beni proprj reali, ancorchè l' altro ne abbia di convenzionali, i proprj reali non possano essere compresi nella donazione reciproca, poichè in questo punto mancherebbe di reciprocazione; e che egualmente per la stessa ragione quando un solo de' conjugi ha de' beni proprj convenzionali, ancorchè l' altro ne abbia di reali, i proprj convenzionali non possano esser compresi nella donazione reciproca. Io però non sono di questa opinione. Lo Statuto, nell' *art.* 68, avendo distinto riguardo alla donazione reciproca due sole specie di beni, una di beni comuni, di cui permette donare la proprietà, l'altra di beni proprj; e non avendo fatto, riguardo a detti beni proprj, distinzione alcuna tra i proprj reali ed i convenzionali, ma anzi avendoli tutti compresi in una sola specie ed in una sola classe, permettendo a' conjugi di donarsene l'usufrutto, basta, acciocchè siavi reciprocazione nella donazione, ed acciocchè questa sia valida, che ambedue i conjugi abbiano de' beni proprj de' quali si donino reciprocamente l' usufrutto senza che nulla influisca se sieno beni proprj reali o proprj convenzionali.

§ 5. *Quali sieno i pesi della donazione reciproca permessa da questo articolo.*

34. Lo Statuto, nell' *art.* 68, non avendo dichiarato se il donatario reciproco sia tenuto a prestar cauzione, allorchè la donazione comprende il solo usufrutto de' mobili e coacquisti, si può far la questione se i conjugi, non avendo stabilita cosa alcuna su questo punto nel loro contratto di donazione reciproca, il superstite donatario sia tenuto a prestare una cauzione fidejussoria per godere del suo usufrutto. Io credo ch' egli vi sia tenuto, perchè, secondo i principj di diritto stabiliti nel titolo *Usufr. quemadm. cav.*, questa cauzione è richiesta dalla natura dell' usufrutto, ed è un peso naturale cui, secondo il diritto comune, sono soggetti tutti gli usufruttuarj: *Hanc cautionem ad omnem usum fructum pertinere Julianus, libro* 38 *digestorum, probat l.* 13, ff. *de usufr. et quemadmod. quis utat. Usufructu constituto consequens est ut satisdatio boni viri arbitratu praebeatur*; *l.* 4, Cod. *de usufr.* Il peso di prestar cauzione essendo un peso naturale dell' usufrutto ne viene in conseguenza, che acciò l' usufruttuario possa dispensarsi dal prestar questa cauzione, non basta che la legge o la convenzione, da cui deriva il suo usufrutto, abbia serbato silenzio su questo punto, o non ve l' abbiano espressamente assoggettato; ma bisognerebbe all' incontro che lo abbiano espressamente liberato da quest'obbligo.

Ma se i conjugi nel contratto di donazione reciproca dell' usufrutto dei loro mobili e coacquisti, si fossero espressamente liberati dall' obbligo di prestar cauzione, la convenzione sarebbe valida, ed il superstite donata-

rio reciproco non sarebbe obbligato a prestarla. Infatti chi può il più può anche il meno; ora i conjugi potevano donarsi la piena proprietà de' loro mobili e coacquisti, secondo il permesso accordatone loro dallo Statuto, lo che è più che donarsene il solo usufrutto senza obbligo di prestar cauzione; dunque essi possono anche il meno, cioè possono donarsi l' usufrutto de' loro mobili e coacquisti senza obbligo di prestar cauzione.

35. Ma non può dirsi lo stesso riguardo alla donazione che lo Statuto permette loro di farsi dell' usufrutto de' loro beni proprj, perchè lo Statuto permette loro soltanto di donarsi l' usufrutto de' suddetti beni, senza liberarli dall' obbligo di prestar cauzione. Se i conjugi nel contratto di donazione reciproca liberassero il donatario da quest' obbligo, farebbero più di ciò che è loro permesso dallo Statuto, poichè aggiungerebbero alla donazione dell' usufrutto de' loro beni proprj, che è tutto quello che lo Statuto permette riguardo a detti beni, la liberazione di prestar cauzione. Una tal clausola dunque, perchè eccedente ciò che vien permesso dallo Statuto, non può esser valida.

36. Lo Statuto assoggetta il donatario reciproco all' obbligo di pagare *i debiti, i legati ed i funerali del predefunto.*

Quando i conjugi si sono donati soltanto i beni della loro comunione senz' aggiungervi l' usufrutto de' loro beni proprj, il donatario reciproco non è tenuto a pagare altro che i debiti della comunione, i quali sono un peso de' beni della comunione, di cui è donatario; egli non è tenuto a pagare i debiti proprj, cioè quelli che il predefunto doveva egli solo fuori della comunione; e se questo donatario reciproco fosse costretto a pagarli al creditore per qualche azione ipotecaria intentata contro di lui, come possessore de' coacquisti del predefunto ipotecati a questi crediti, il donatario reciproco dovrebbe avere il suo regresso contro gli eredi del predefunto per esserne indennizzato.

37. Oltre ai debiti, lo Statuto assoggetta il donatario reciproco all'obbligo di pagare *i legati ed i funerali del predefunto.*

Noi abbiam veduto nel nostro *Trattato della Donazione Reciproca*, n. 230, che varj Statuti imponevano parimenti al donatario reciproco quest' obbligo di adempire il testamento del predefunto, ed abbiamo osservato che, secondo l' interpretazione che la giurisprudenza ed i commentatori hanno data a queste disposizioni, esse debbono limitarsi ai legati modici per elemosine, preghiere, piccoli doni, ec., che sono di uso ne' testamenti, ed ai quali il donatario reciproco doveva aspettarsi; ma che non s' estendono a' legati rilevanti, che diminuissero considerabilmente la donazione reciproca. Io credo che la disposizione di quest' articolo debba soffrire la stessa limitazione, che debba essere ristretta ai legati modici, e non estesa ai legati considerabili fatti con atti separati da quello che contiene la donazione reciproca, e che la diminuissero fortemente. É vero, che la donazione reciproca permessa da questo articolo, dovendo esser fatta o confermata per testamento, è di sua natura rivocabile in tutto o in parte; ma secondo la natura de' testamenti reciproci, acciocchè la rivocazione della donazione reciproca in essi compresa sia valida, bisogna, come l' abbiamo osservato *supra*, n. 12, che il donante l' abbia durante la sua vita notificata al donatario; ogni altro atto non può pregiudicare alla donazione. Quindi il donante non può, dopo il testamento reciproco, diminuire l' effetto della donazione con un altro testamento particolare contenente de' considerabili legati, ed il donatario non è tenuto a pagare tali legati.

38. Quando i conjugi non hanno compreso nella loro donazione reciproca la proprietà de' loro mobili e coacquisti come loro lo permette lo Statuto, ma se ne sono donati soltanto l' usufrutto, gli eredi del donatario quando debbono restituire agli eredi del predefunto i beni goduti dal donatario, debbono ritenere su questi beni tutto ciò che il donatario ha pagato pe' debiti, legati e funerali del predefunto, poichè questi sono pesi dei suddetti beni, che li diminuiscono di pieno diritto.

Il donatario reciproco è tenuto sol-

tanto a pagare senza diritto di ripetizione le annualità delle rendite dovute dalla comunione, decorse durante il tempo del suo usufrutto, poichè queste sono pesi de' frutti da lui percepiti durante il detto tempo. Riguardo alle annualità già decorse al giorno della morte del predefunto, ch' erano allora dovute, e che il donatario reciproco ha pagato, i suoi eredi al momento in cui fanno la restituzione agli eredi del predefunto dei beni di cui egli ha goduto l' usufrutto, debbono ritenerle per quella porzione a cui era tenuto il predefunto come qualunque altro debito che fosse stato pagato dal donatario reciproco.

39. Allorchè i conjugi hanno aggiunto alla donazione reciproca dei loro mobili, e coacquisti, l' usufrutto de' loro beni proprj, il donatario reciproco deve inoltre anticipare il pagamento dei debiti proprj del predefunto, salvo a' suoi eredi il diritto di farsene rimborsare dagli eredi del predefunto, allorchè restituiranno loro i beni compresi nella donazione.

Riguardo alle rendite, di cui il predefunto era solo debitore, il donatario reciproco, che gode l'usufrutto dei suoi beni proprj, deve pagare senza alcun diritto di ripetizione tutte le annualità che decorreranno durante il tempo del suo godimento, essendo queste un peso dei frutti ch' egli percepisce. Ma quelle decorse prima della morte del prefunto, e ch' eran dovute all' epoca della sua morte, sono un debito della comunione de' conjugi, e debbono per conseguenza, al pari degli altri debiti della comunione, o esser pagati senza diritto di ripetizione, allorchè la donazione reciproca comprende la proprietà de' mobili e coacquisti, o solamente anticipati, quando comprende il solo usufrutto

40. Lo Statuto, dopo aver detto che il donatario reciproco deve pagare i debiti, i legati ed i funerali del predefunto, aggiunge: *Insieme ai pesi reali che debbono i fondi e l' obbligo della loro manutenzione.*

Il pagamento de' pesi reali, tanto annuali ed ordinarj quanto straordinarj, che scadono durante il tempo dell' usufrutto, è un peso comune a tutti gli usufruttuarj. Veggasi ciò che abbiam detto nel nostro *Trattato della Donazione Reciproca.*

Riguardo a quelli scaduti mentre viveva il predefunto, e che erano dovuti al momento della sua morte, essi sono debiti della comunione, la quale avendo il godimento degli stabili proprj dei rispettivi conjugi, era tenuta in conseguenza a pagarne i pesi. Quindi il donatario reciproco ne è tenuto, come è tenuto agli altri debiti della comunione; cioè o deve pagarli senza diritto di ripetizione, se la donazione recipoca comprende la proprietà dei mobili e coacquisti, o solamente anticipare il pagamento, se ne comprende soltanto l' usufrutto.

41. Finalmente lo Statuto impone al donatario reciproco l' obbligo della manutenzione degli stabili proprj del predefunto, l'usufrutto de' quali è compreso nella donazione. Questo è un peso naturale dell' usufrutto degli stabili. Veggasi ciò che ne abbiamo detto nel nostro Trattato.

Per conseguenza il donatario è tenuto a fare ai suddetti stabili tutte le riparazioni di manutenzione che occorrono durante il tempo dell' usufrutto.

Riguardo a quelle occorse durante il tempo della comunione che esisteva fra i conjugi, e che dovevano farsi al momento della morte del predefunto, esse sono un debito della comunione, la quale avendo il godimento degli stabili proprj de' conjugi, era in conseguenza tenuta alla loro manutenzione. Quindi il donatario reciproco, nella sua qualità di donatario de' mobili e acquisti, vi è tenuto come se si trattasse di qualunque altro debito della comunione.

42. Lo Statuto in quest' articolo impone al donatario reciproco un altro peso, che è particolare al caso in cui esistono figli, dicendo: *Col peso di nutrire, mantenere, e provvedere i loro figli secondo il loro stato, durante la loro minor età, o sinchè sieno maritati o altrimenti provveduti.*

La parola *mantenere* (*entretenir*) comprende non solo tutto ciò che è necessario pe' bisogni del corpo, ma eziandio tutto ciò che è necessario per l' educazione dei figli.

La parola *provvedere* (*pourvoir et assigner*) sembra imporre inoltre l' obbligo di far le spese necessarie per porre i suoi figli in istato di esercitare qualche professione che loro procuri di che vivere. Quindi se i conjugi erano artigiani, il donatario reciproco deve far insegnare qualche mestiere a' suoi figli; s' erano di una condizione più elevata, deve far le spese necessarie per metterli in istato di esercitare qualche professione a cui li crederà atti, per esempio quella di avvocato , di medico e simile, ed a questo fine sarà tenuto ad inviarli alle Università, a somministrar loro i libri , a supplire alle spese necessarie per ottenere i gradi richiesti, ec. Se i figli venissero destinati al servizio militare, il donatario reciproco deve collocarli in qualche corpo, e dar loro un conveniente equipaggio.

§ 6. *Come il donatario reciproco sia investito della donazione , e quale procedura sia tenuto ad eseguire rispetto agli eredi del predefunto.*

43. Lo Statuto, in quest' articolo , investe di pieno diritto il donatario reciproco delle cose comprese nella donazione colle parole, *ed è investito* (*est saisi*).

Quindi esso può ritenere i beni compresi nella donazione reciproca, i quali essendo beni di cui egli godeva unitamente al predefunto, e che si trovano nelle sue mani al momento della morte di questo, non è obbligato a domandarne il rilascio agli eredi del predefunto; egli è obbligato soltanto a dar loro una copia dell' atto di donazione; e si usa di farne la notificazione per mezzo di un usciere , il quale ne rilascia una copia agli eredi.

44. Quando la donazione reciproca comprende la proprietà delle cose donate, il donatario non è tenuto a fare alcun inventario de' mobili della comunione; gli eredi del predefunto non potendo pretendere in essi cosa alcuna, possono solamente domandare un inventario dei documenti, per riconoscere se nella eredità del predefunto si trovino dei beni proprj, perchè ne apparterrebbe ad essi la proprietà.

Bisogna però eccettuare il caso in cui il predefunto avesse lasciato dei figli minori, poichè allora il superstite, ancorchè donatario della proprietà de' beni della comunione, ha interesse di fare un inventario , per impedire la continuazione della comunione. Vedasi il nostro *Trattato della Comunione*, n. 789.

Quando i conjugi hanno compreso nella donazione reciproca il solo usufrutto de' loro mobili e conquisti, è necessario il fare un inventario ed una stima de' mobili. Veggasi ciò che abbiam detto nel nostro *Trattato delle Donazioni Reciproche*, n. 214 e 215.

Fine del Trattato delle Donazioni fra Marito e Moglie.

INDICE

DELLE MATERIE CONTENUTE

NEL TRATTATO

delle Donazioni fra Marito e Moglie.

CAP. III.

CAP. IV.

CAP. V.

CAP. VI.

CAP. VII.

PARTE TERZA.

Fine dell' Indice del Trattato delle Donazioni fra Marito e Moglie.

TRATTATO

DELLA

COMUNIONE

INTRODUZIONE

Dopo il Trattato del Matrimonio, e della potestà, che questo partecipa sopra la persona, e i beni della moglie, l' ordine delle materie richiede che per noi si prendano a trattare le convenzioni principali, che lo accompagnano, nominate convenzioni matrimoniali.

Noi vedremo in un primo paragrafo qual patti possano fare le persone, che si maritano; in un secondo quando, e come le convenzioni si stipulino; in un terzo quali ne sieno i caratteri.

§ 1. *Quali patti possano fare le persone, che si maritano.*

1. È massima tutti i contratti di matrimonio andare capaci di ogni sorta di convenzioni.

Il vocabolo contratto di matrimonio denota qui l' atto comprensivo le convenzioni, che scambievolmente si fanno le persone in procinto di maritarsi.

Lo Statuto d' Orleans rammenta questo principio nell' articolo 202, ove dice: « In trattato di sponsali, e prima di fede data, e benedizione nuziale, uomo e donna possono fare, ed apporre tali condizioni, vedovile, e donazioni, che meglio loro piaceranno ».

Quello di Montargis, *cap.* 8, *art.* 8, dice lo stesso.

Simile disposizione non è locale, e particolare ai mentovati Statuti; in questo punto ella esprime il diritto comune.

2. Tanto poi sono i contratti di matrimonio capaci di ogni specie di convenzioni, che vi si accettano anche quelle le quali in contratti di natura diversa non varrebbero.

Per esempio, sebbene in qualsivoglia contratto diverso da quello di matrimonio non sia permesso stipulare alcuna convenzione intorno alla eredità di una persona vivente, nondimeno nel contratto di matrimonio si accoglie il patto pel quale la figlia si contenta della dote, che i suoi genitori le costituiscono, e in conseguenza rinunzia alla eredità futura in favore degli altri figli, o di taluno fra loro, *puta* in vantaggio del maggiornato, o dei figli maschi.

Sebbene in qualunque altro atto io non possa convenire, nè promettere, che sarà mio erede un tale individuo, non potendosi instituire erede se non per via di testamento, e dovendo dipendere la istituzione dalla libera volontà del testatore revocabile sempre fino alla morte, tuttavolta nei contratti di matrimonio si accettano le instituzioni contrattuali per cui un congiunto instituisce irrevocabilmente suo erede l' altro coniugato, o i figli, o il maggiornato nascituri dal matrimonio.

E simili instituzioni contrattuali vengono approvate persino in quei luoghi ove gli Statuti rigettano la instituzione dell' erede anche nei testamenti nei quali si considerano come semplici legati universali.

3. Finalmente l'Ordinanza del 1731 allo scopo di favorire i matrimonii dispensò le donazioni fatte nei contratti di matrimonio ai contraenti, o ai figli nascituri da molte regole alle quali sottopone le donazioni a pena di nullità come altrove vedremo.

4. Non è però senza eccezione il principio, essere i contratti di matrimonio capaci di ogni sorta di convenzioni.

Quelle, che offendono il pubblico decoro, comecchè fatte nel contratto matrimoniale, non varrebbero. Per esempio, non ha dubbio, che se nel contratto di matrimonio si convenisse dovere esser la donna capo della comunione dei beni da avere luogo tra i conjugati, simile convenzione, come contraria al decoro pubblico, non varrebbe; essendo l' uomo creato da Dio per essere capo della donna, *vir est caput mulieris*, offende il decoro, che la donna, e non egli stia a capo della comunione.

5. I patti tendenti a sottrarre la donna dalla potestà del marito pel nostro diritto municipale conferita al marito sopra di lei, sarebbero nei nostri costumi, siccome offensivi al pubblico decoro, considerati nulli.

Per questa ragione la giurisprudenza dichiara nulle le autorizzazioni generali nei contratti di matrimonio, cioè le clausule con le quali il marito nel contratto di matrimonio autorizzasse la moglie non solo ad amministrare, ma bene anche ad alienare i beni a suo piacimento, e per qualsivoglia titolo, senza bisogno di correre a particolare autorizzazione. Noi riferiremo nel nostro *Trattato della Potestà Maritale* le sentenze, che proibivano ed annullavano simili clausule di autorizzazione generale come tendenti a fare la moglie indipendente dal marito, e a sottrarla del tutto dalla sua potestà.

Simile giurisprudenza procede negli Statuti, che non contengono disposizione in proposito. Valgono poi queste autorizzazioni generali negli Statuti, che le permettono espressamente, come quello di Berry, *tit.* 1, *art.* 2.

6. Comunque capaci i contratti di matrimonio di ogni sorta di convenzioni, quelli che contrarierebbero qualche legge proibitiva non sarebbero valide.

Per esempio lo Statuto di Blois vietando agl'ignobili di disporre per donazione tra vivi oltre la metà dei beni patrimoniali, essi non potrebbero validamente farlo neppure con contratto di matrimonio.

7. Non solo le convenzioni apertamente contrarie a qualche legge proibitiva, ma quelle ancora che tenderebbero a eluderla devono dichiararsi nulle quantunque insinuate in un contratto di matrimonio.

Tali sarebbero i patti per cui si convenisse dovesse avere la donna la sua parte nella comunione franca da debiti, o che vi sarebbe tenuta per una parte minore a quella, ch' ella avesse nell' attivo; imperciocchè simili patti eluderebbero la legge proibitiva, che vieta ai congiunti di farsi verun vantaggio diretto, o indiretto, durante il matrimonio, lasciando in facoltà del marito avvantaggiare la moglie durante il matrimonio, facendo acquisti nei quali la parte spettante alla donna sarebbe in tutto, o in parte pagata dal marito. Vedete quello, che diciamo di simili convenzioni nel nostro *Trattato della Comunione, parte* 1, *cap.* 2, *art.* 8, § 1.

8. Però non deve di troppo intendersi a rigore il principio, che le convenzioni tendenti a lasciare facoltà ai coniugati per avvantaggiarsi durante il matrimonio non valgano; perchè l' Ordinanza del 1731, *art.* 8, permette le donazioni generali fra conjugati, sotto riservo di disporre di certa somma, la quale rimarrà nella donazione ove il donatore non ne disponga, sebbene simile riservo lasci in qualche modo ad arbitrio del conjugato donatore di avvantaggiare, o no l' altro conjugato durante il matrimonio, disponendo o no di questa somma.

9. Il principio, che si hanno a tenere per nulle, anche insinuate nel contratto di matrimonio, le conven-

zioni tendenti a deludere una legge proibitiva, vi ha fatto rigettare il patto che la donna non può rinunziare alla comunione, e l'altro per cui ella renunzia al privilegio di essere tenuta ai debiti della comunione soltanto fino a concorrenza della parte, che vi ha dimandato. Questi patti eludono la legge proibitiva al marito d'impegnare i *proprj* della moglie suo malgrado.

10. Nè può accettarsi nel contratto matrimoniale il patto per cui il superstite dopo la morte dell'altro non fosse tenuto a compilare l'inventario per isciogliere la comunione co' figli minori del matrimonio, eredi del predefunto, nè quello, che lo dispenserebbe dalle formalità richieste per simile inventario.

§ 2. *Quando, e come le convenzioni matrimoniali si stipulano.*

11. Devono le convenzioni matrimoniali stipularsi prima della celebrazione del matrimonio; celebrato che sia, non v'è più tempo. Per esempio, nelle provincie ove la legge approva la comunione dei beni solo allorquando ne convennero espressamente le parti, se le parti celebrarono il matrimonio prima della scritta nuziale, non possono più statuire tra loro una comunione dei beni; e il marito non potrà concedere alla moglie vedovile diverso da quello, che concedono gli Statuti nei quali sono situati i beni.

E ciò risulta da queste espressioni dello Statuto di Orleans riferite qui sopra: avanti la fede data, e la benedizione nuziale, uomo e donna possono......

12. Queste convenzioni devono stipularsi mediante un atto chiamato *contratto di matrimonio*, che deve stipularsi davanti notari. Nella più parte delle nostre provincie i contratti di matrimonio per atto privato non si considerano; e ciò perchè i conjugati non trovino facile il mezzo di eludere la legge proibitiva di farsi scambievoli vantaggi durante il matrimonio fingendo contratti nuziali, e antidatandoli.

Esistono nonpertanto provincie dove i contratti di matrimonio per atti privati si considerano; sembrando sufficiente ad allontanar ogni sospetto di antidata le firme dei parenti delle due famiglie intervenute all'altro.

Credo bene dovesse annullarsi anche nelle provincie dove si considerano i contratti matrimoniali per atto privato, quel contratto, che presentasse le sole firme dei contraenti come sospetto di antidata. Io ho letto consulti stampati di avvocati di Normandia dove i contratti di matrimonio per atto privato erano concessi i quali manifestavano un simile parere.

13. Sebbene gli sposi futuri non sieno obbligati a chiamare i parenti al contratto di matrimonio, pure quando vi hanno fatto assistere i parenti non possono più, quantunque con altri atti antecedenti la celebrazione del matrimonio, fare nuove convenzioni, a meno che non chiamino anche a questi i parenti medesimi.

Gli Statuti di Parigi, *art.* 258, e di Orleans, *art.* 223, contengono una disposizione in proposito; essi dicono: « Qualunque contro foglio fatto a parte, e fuori della presenza dei parenti, è nullo ».

La disposizione di questi Statuti aggiunta nella epoca della riforma e formata sulla vigente giurisprudenza, costituisce un diritto comune negli altri Statuti, che tacciono in proposito.

Lo Statuto sotto il nome di contro foglio comprende non solo le convenzioni derogatorie, o contrarie a qualcheduna di quelle insinuate nel contratto di matrimonio, ma generalmente le nuove convenzioni, o donazioni non insinuate nel contratto di matrimonio.

Riguardo poi agli atti esplicativi di qualche convenzione insinuata nel contratto di matrimonio, e nulla contenenti di nuovo, non possono considerarsi come controfogli, e nulla impedisce, che non sieno valevoli.

Facilmente si comprende la ragione per cui gli Statuti annullano i contro fogli firmati a parte, e fuori della presenza dei parenti. Sebbene non sieno i patti matrimoniali viziati sul solo motivo, che furono stipulati fuori della presenza dei parenti, pure la

singolare premura dei conjugati di celare ai parenti, e al pubblico le convenzioni loro stipulandole a parte, e con atto distinto dalla scritta nuziale le fa considerare come convenzioni di cui abbiano avuto vergogna i congiunti, e che perciò devono presumersi dettate dalla passione piuttostochè da giusti motivi; ed è questa la cagione per la quale gli Statuti le annullano.

14. Si considerano come contro fogli non solo le convenzioni, e donazioni fatte dopo il matrimonio, nel tempo intermedio, fuori della presenza dei parenti, ma ancora le donazioni fatte pochi giorni prima del contratto da persone, che proponevano sposarsi, e che volevano celarle alla propria famiglia. Ciò fu deciso con una sentenza del 19 febbrajo 1716 la quale dichiarò nulla la donazione fatta tra due persone la vigilia del matrimonio. La sentenza è riferita dallo autore nel *Trattato de' Contratti di Matrimonio*.

15. Lo Statuto dichiarando nullo ogni contro foglio, comprende non solo quelli intervenuti tra i futuri sposi, ma eziandio gli altri intervenuti tra uno sposo, ed alcuna delle persone partecipanti all' atto.

Per esempio, se lo sposo al quale il padre avesse promesso una certa somma, si obbligasse con atto stipulato fuori della presenza della moglie, e dei principali parenti di questa a non esigerla sua vita durante questo atto sarebbe nullo come contro foglio al contratto del matrimonio, e il padre non potrebbe opporlo al figlio ove questi esigesse la somma promessa nel contratto di matrimonio.

16. Quanto lo Statuto dispone su i contro fogli firmati fuori della presenza dei parenti non deve intendersi a rigore per modo, che l' essenza di un solo parente intervenuto all' atto di matrimonio deva indistintamente renderlo nullo. Se questi fosse un parente lontano, e il nuovo atto venisse stipulato alla presenza dei più prossimi, e dei più influenti su la famiglia, l' atto varrebbe.

Però non vuolsi seguitare la opinione di Laurière, che limita ai parenti della linea retta ascendentale, e al tutore i parenti di cui la presenza si richiede nel presente articolo; egli si estende ancora ai collaterali intervenuti nel contratto di matrimonio. Certo gli sposi non erano obbligati a chiamarli, ma una volta chiamati non possono dispensarsi di chiamarli ancora ai contro fogli onde farli valere per le ragioni qui sopra spiegate.

§ 3. *Dei caratteri proprj alle convenzioi matrimoniali.*

17. Notiamo nelle convenzioni matrimoniali due caratteri a loro proprj.

Primo carattere. Carattere primo, e proprio alle convenzioni matrimoniali, e alle donazioni fatte con simili contratti, si è quello, che si reputano avvenute sotto la comunione *si nuptiae sequantur*: quindi ove le scambievoli promesse di matrimonio vengano meno, allora tutte le convenzioni, e donazioni si annullano *quasi ex defectu conditionis*.

Al solo matrimonio valido avente gli effetti civili, è dato adempire simile condizione. Però quando il matrimonio è nullo per qualche impedimento dirimente, o privo di effetti civili come quello contratto *in extremis* dopo un commercio illecito, o come l'altro tenuto segreto fino alla morte di un conjuge (vedete il nostro *Trattato del Matrimonio*, *p.* 5, *cap.* 2, *art.* 3), le convenzioni tutte, e donazioni stipulate nel contratto di matrimonio di queste persone riescono nulle, nè può la moglie domandare comunione, o vedovile. Il marito, o suoi eredi devono solamente *conditione sine causa* renderle quanto hanno ricevuto da lei.

Non per tanto osservate, che se l' impedimento dirimente fosse stato in buona fede ignoto, da una, o da ambedue le parti, la parte di buona fede potrebbe prevalersi delle donazioni, e convenzioni insinuate nel contratto di matrimonio, come avvertimmo nel nostro *Trattato del Matrimonio*, *n.* 438 e 439.

18. *Secondo carattere.* Secondo carattere di simili convenzioni, e donazioni si è questo, che confermato una volta con la celebrazione del matrimonio non è più concesso alle parti

derogarvi anche con mutuo consenso.

E questo principio ha luogo non pure per le convenzioni espresse nel contratto di matrimonio, ma ben anche per le virtuali, ed implicite, che si suppongono intervenute fra gli sposi. Così quando persone sottoposte allo Statuto, che prescrive la comunione dei beni tra marito e moglie, se le parti si tacquero, contrassero matrimonio senza contratto, la convenzione virtuale ed implicita, per cui si suppone ch' esse si sieno riferite allo Statuto per le convenzioni loro, e che per conseguenza abbiano convenuto una comunione di beni, è invariabile come se fossse stata esplicitamente insinuata nell'atto. Celebrato appena il matrimonio, non è più permesso alle parti derogarvi anche con mutuo consenso, sia dichiarando che, maritandosi, non hanno inteso contrarre comunione di beni, sia convenendo di farla cessare in seguito mediante una separazione di beni.

Anche nel caso di prodigalità nel marito non potrebbe ottenersi la separazione dei beni; incapaci le parti a derogare per fatto alla comunione, non possono col semplice consenso stabilire la separazione: egli è forza, che venga pronunziata dal giudice, con piena cognizione di causa, come vedremo nel presente nostro *Trattato della Comunione*.

19. Tanto sono immutabili le convenzioni matrimoniali, che le parti non possono nel contratto di matrimonio riservarsi la facoltà di mutare, o riformare alcune delle medesime, perchè ciò conterrebbe la facoltà proibita di avvantaggiarsi durante il matrimonio; *supra, n. 7.*

Secondo questo principio Lebrun, *Trattato della Comunione, lib.* 1, *cap.* 3, *n.* 9, decide, le parti, che si maritano col patto di escludere la comunione, non potere validamente riservarsi nel contratto di matrimonio la facoltà di derogare in seguito, e durante il loro matrimonio, a questa clausola, e statuire fra loro la comunione determinata dallo Statuto. Dumoulin, in *art.* 110 dello Statuto di Parigi, n. 4, decide la medesima cosa, e ci avverte tale essere ai suoi tempi il parere della curia. Lebrun nondimeno conviene, come con decisione del 27 luglio 1634 pronunziata ad istanza della famiglia del Sig. Thiersaut, riferita da Brodeau sopra Louet, lettera M, c. 4, questo riservo fu confermato; ma pensa, che simile decisione non debba seguitarsi.

Noi non tratteremo già di tutte le specie delle convenzioni matrimoniali, ci limiteremo a quelle, che più si costumano nel paese statutario, e cominceremo dalla comunione, e dai patti alla medesima relativi.

TRATTATO

DELLA COMUNIONE

ARTICOLO PRELIMINARE.

1. La comunione tra' conjugi è una specie di società di beni che un uomo ed una donna contraggono quando maritano.

2. Questa comunione è fondata sulla natura stessa del matrimonio, essendo il matrimonio *viri et mulieris conjunctio*, *individuam vitae consuetudinem continens*; Institut. tit. *de pater. potest.* § 1. Questa convenzione contenuta nel matrimonio tra l' uomo e la donna, di vivere in comune durante tutta la vita, fa presumer quella di mettere in comune i loro mobili, le loro entrate, i frutti della loro economia e de' lavori comuni. Secondo l' antico dritto francese la semplice coabitazione produceva una società tacita tra coloro che aveano abitato insieme un anno e un giorno; con più forte ragione tra marito e moglie.

3. Questa comunione tra' conjugi è superiore alle società ordinarie: in queste ciascun socio ha un dritto eguale; al contrario nella comunione tra i conjugi, la podestà che il marito ha sulla persona e su i beni di sua moglie lo rende capo della comunione e gli dà, in questa qualità, il dritto di disporre a suo piacere ed a qualunque titolo gli paja, anche a titolo di donazione tra vivi, tanto per la parte sua che per quella di sua moglie, di tutte le cose che la compongono, senza il consenso della moglie, la quale dal canto suo non può disporre di cosa alcuna. Per questa ragione si reputa, durante la comunione, che il marito sia in certo modo il solo signore e padrone assoluto de' beni de' quali essa è composta, e il dritto che vi ha la moglie non è considerato se non come un dritto informe, il quale si riduce al dritto di dividere un giorno i beni che si troveranno comporla in tempo della sua dissoluzione. Ciò ha fatto dire a Molineo che questa comunione era piuttosto *in habitu quam in actu*, e che la moglie durante il matrimonio *non est proprie socia ed speratur fore*. Molin. sull' *art.* 109 dell' antico Statuto di Parigi. *Vedi* la seconda parte.

4. Il dritto sulla comunione di beni tra il marito e la moglie è differente nelle differenti provincie del regno. Se ne distinguono quattro specie.

La prima specie di dritto sopra questa materia è il dritto dello Statuto di Parigi, di quello di Orleans, e di quasi tutti i paesi consuetudinarj, il qual dritto ammette tra i conjugi, quando ne abbiano fatta una convenzione, una comunione di beni che comincia dal momento della benedizione nuziale ed ha luogo per quanto sia breve il tempo che ha durato il matrimonio.

5. La seconda specie è il dritto di alcuni Statuti, come quello di Angiò, del Manese, del Percese, di Chartres, i quali non ammettono comunione di beni tra un marito ed una moglie che non l' avessero espressamente sti-

pulata, che nel caso che il matrimonio abbia durato almeno un anno e un giorno.

Le disposizioni di questi Statuti sono un avanzo del nostro antico dritto francese, come viene descritto nel *Grand Coutumier*, *l.* 2, *cap.* 40, ove dice: « *Nota* che per uso e consuetudine due congiunti un anno e un giorno senza fare divisione o protesta, acquistano comunione l' un coll' altro riguardo ai mobili e coacquisti ».

6. La terza specie di dritto sulla materia della comunione di beni tra marito e moglie è il dritto di alcuni Statuti, e quello che ha luogo nelle provincie rette dal dritto scritto, il quale non ammette comunione di beni tra conjugi se non l' hanno stipulata; ma non vieta di stipularla.

7. La quarta specie di dritto è quella dello Statuto di Normandia. Questo Statuto non ammette la comunione; e dice nell' *art.* 389: « I conjugi « non sono comuni in beni, sieno mobili sieno stabili, e perciò le mogli « non vi hanno cosa alcuna che dopo la morte del marito »: esso accorda però alla moglie un diritto che ha qualche rapporto col dritto di comunione, accordandole, dopo la morte del marito, la metà *dei coacquisti fatti* nel paese durante il matrimonio, e il terzo in usufrutto de'coacquisti fatti fuor di paese; *art.* 329: esso le accorda oltre ciò, dopo la morte del marito, il terzo de' mobili, se vi sono figli, o la metà, se non ve n' è, contribuendo ai debiti per la sua parte, fuor de' funerali e de' legati testamentarj; *art.* 392.

Quantunque lo Statuto accordi alla moglie tal parte in considerazione della di lei collaborazione, ciò non è a titolo di comunione, ma piuttosto come a titolo di successione a suo marito, alla quale, secondo l' *art.* 394, ella può rinunziare.

Lo Statuto di Normandia non solamente non ammette la comunione, ma proibisce di stipularla. Ciò risulta dall' *art.* 330, che dice: « qualunque accordo o convenzione sia stata fatta nel contratto di matrimonio, le mogli non possono aver ne' coacquisti fatti dal marito una parte maggiore di ciò che loro appartiene in forza dello Statuto al quale i contraenti non possono derogare ».

8. Negli Statuti della prima e della seconda specie, che ammettono la comunione fra' conjugi, senza che le parti ne abbiano convenuto, si distinguono due specie di comunioni: la convenzionale e la legale o statutaria.

9. La comunione convenzionale è quella che ha luogo tra i conjugi in forza di una convenzione espressa intervenuta tra loro prima del matrimonio, colla quale hanno convenuto che vi sarebbe comunione tra essi.

10. La comunione legale è quella che ha luogo tra i conjugi secondo la legge del domicilio ch'essi avevano in tempo del matrimonio quando non se ne sono spiegati, e che è composta, tanto in attivo quanto in passivo, delle cose, delle quali questa legge dichiara che debba comporsi.

Ancorchè questa comunione sia chiamata *legale*, non ostante non è la legge che ne sia la causa immediata, come osserva Molineo; essa non è formata, dice questo autore, *vi ipsius consuetudinis immediate et in se*. La causa immediata che produce e stabilisce questa comunione è una convenzione che non è, a vero dire, espressa e formale, ma virtuale ed implicita, colla quale le parti, maritandosi, nè essendosi spiegate su le loro convenzioni matrimoniali, vengono riputate essere tacitamente convenute di una comunione di beni tale quale ha luogo in forza della legge del luogo del domicilio, secondo quel principio di dritto: *in contractibus tacite veniunt ea quae sunt moris et consuetudinis*; *l.* 31, § 20, ff. *de aedilit. edicto*.

Questa comunione non è chiamata legale, se non perchè è una comunione su cui le parti sonosi intieramente riportate alla legge con questa tacita convenzione.

La legge stessa, quando dice: *marito e moglie sono uni e comuni in*

tutti i beni mobili ec. non rinchiude un precetto: essa non ordina all'uomo ed alla donna, che si maritano, di essere *uni e comuni* ec., poichè è loro permesso di convenire il contrario, essa dichiara solamente, che l'uso è, che sieno riputati aver convenuto di essere *uni e comuni in tutti i beni mobili* ec. quando non sonosi spiegati prima del matrimonio.

11. Ne deriva quindi che quando persone domiciliate sotto lo Statuto di Parigi o sotto qualche altro simile, sonosi maritate senza far contratto di matrimonio, la comunione legale, che secondo lo Statuto di Parigi ha luogo in questo caso fra tali persone, si estende a tutti i beni ch'essi acquisteranno durante il loro matrimonio, quando anco fossero situati in provincie la legge delle quali non ammettesse comunione, se non fosse stata stipulata.

Tale è la dottrina di Molineo, che d'Argentré contraddice mal a proposito, dicendo che lo Statuto di Parigi non avendo forza fuori del suo territorio non può rendere acquisto di comunione un fondo che ne sia situato fuori, ed in una provincia in cui la legge non ammettesse comunione se non quando è stipulata; d'onde questo autore conclude, che quando i Parigini sonosi maritati senza far contratto di matrimonio, la donna non può pretendere drittò di comunione in un fondo situato nel lionese, che fosse stato acquistato dal marito durante il matrimonio; ma solamente può pretendere un compenso per la somma che il marito avesse preso dalla comunione per acquistarlo, non potendo lo Statuto di Parigi, che ha stabilito la di loro comunione, rendere coacquisto quel fondo sopra il quale non ha verun dominio.

Molineo ha prevenuto questa obiezione e vi ha risposto, dicendo che, sebbene la comunione che ha luogo tra que' Parigini, i quali sonosi maritati senza contratto di matrimonio, venga chiamata comunione legale, non è però lo Statuto di Parigi che la formi e che ne sia la causa immediata: *non habet locum vi ipsius consuetudinis immediate et in se:* non è questo Statuto che imprima la qualità di coacquisti a' fondi acquisiti durante questa comunione; la causa immediata che forma questa comunione, e che dà la qualità di *coacquisti* ai beni acquistati mentre essa dura, è la convenzione implicita che queste persone hanno avuto, che vi fosse tra essi una comunione in tutti i beni mobili e coacquisti immobili, siccome lo Statuto di Parigi, al quale sonosi riportate, dichiara che è di uso e consuetudine quando le parti non sonosi spiegate. Ora questa convenzione che quelle parti vengono riputate aver fatta, sebbene non sia che implicita, non cessa di essere una convenzione che debba avere lo stesso effetto come se fosse formale ed espressa, e debba per conseguenza render comuni e coacquisti i beni che ciascuno di essi acquisterà, ovunque sieno situati, come avrebbe fatto una convenzione espressa di comunione.

12. Da ciò viene che la disposizione degli Statuti, i quali ammettono una comunione fra marito e moglie senza che le parti se ne sieno spiegate, non è uno Statuto reale che abbia per oggetto immediato le cose che devono entrare in comunione; ma piuttosto uno Statuto personale, perchè ha per oggetto immediato di regolare le convenzioni, che le persone sottoposte allo Statuto per causa del loro domicilio vengono riputate aver fatto sulla comunione di beni quando sonosi maritate.

13. *Viceversa.* Quando due persone domiciliate nel lionese si sono maritate senza stipulare comunione, la donna non ha ragione di pretendere, in forza dello Statuto di Orleans, un dritto di comunione sopra un fondo posto sotto il detto Statuto, che suo marito ha acquistato durante il matrimonio; imperocchè non è lo Statuto di Orleans che imprime per sè stesso la qualità di *coacquisti* a'beni che de'conjugi acquistano durante il loro matrimonio; ciò che loro dà questa qualità è la convenzione implicita di comunione che si crede esistere fra persone le quali, essendo in tempo del loro matrimonio domiciliate sotto lo Statuto di Orleans, vengono riputate avere

convenuto di maritarsi secondo il predetto Statuto; quei Lionesi però che in tempo del loro matrimonio non avevano domicilio in Orleans ma in Lione, non vengono riputati aver avuto alcuna convenzione di comunione, perchè il diritto osservato a Lione, luogo del loro domicilio, secondo il quale vengono riputati aver voluto maritarsi, non ne ammette quando non sia stata espressamente stipulata.

14. Il principio che abbiamo posto che le parti, le quali contraggono matrimonio, vengono riputate riportarsi alla legge del loro domicilio sulle convenzioni matrimoniali quando elleno non se ne sono spiegate, non soffre difficoltà, purchè le parti abbiano il loro domicilio nella stessa provincia; ma cosa devesi decidere se una parte sia domiciliata in una provincia, di cui la legge ammetta la comunione de' beni quando non siasene fatta spiegazione, e l'altra parte sia domiciliata in un'altra provincia la di cui legge non l'ammetta? Bisogna in questo caso decidere che riputar si debbano le parti essersi riportate alla legge del domicilio del marito: imperciocchè si deve riputare che la donna, la quale maritandosi segue il domicilio del marito, siasi sottomessa alla legge di quel domicilio che pel futuro matrimonio va a diventare suo, piuttostochè debba riputarsi il marito sottoporsi alla legge del domicilio della moglie.

Quindi se un Parigino va a Lione a sposare una donna per condurla a Parigi, e che le parti non abbiano fatto contratto di matrimonio, queste debbono riputarsi aver convenuto di una comunione di beni secondo lo Statuto di Parigi, luogo del domicilio del marito, sebbene il dritto osservato a Lione non ammetta comunione quando le parti non l'hanno stipulata.

Viceversa, se un Lionese va a prender moglie a Parigi per condurla a Lione, e che non vi sia stato contratto di matrimonio, non vi sarà comunione; perchè il dritto osservato a Lione, luogo del domicilio del marito, non ne ammette se non è stata stipulata.

15. Se l'uomo ammogliandosi avesse intenzione di fissare il suo domicilio nel paese della moglie; per esempio, se un Lionese venisse a sposare una donna in Orleans coll'intenzione di fissarvi il suo domicilio, il Lionese, in questo caso, sarebbe creduto avere abdicato il suo domicilio in Lione ed averne acquistato uno ad Orleans, alla legge del quale deve riputarsi che siasi sottoposto.

16. Devesi forse decidere lo stesso nel caso in cui il Lionese avesse sposato la donna di Orleans in Parigi coll'intenzione di andare a fissare il suo domicilio in Orleans? La ragione di dubitare è, che non potendosi acquistare il domicilio se non *facto et animo*, il Lionese, in questo caso, quando si è ammogliato, non aveva anco perduto il suo domicilio di Lione, e non ne aveva ancora acquistato uno in Orleans dove non era anco venuto. Nulla ostante bisogna dire che sebbene, quando si è ammogliato, non avesse ancora acquistato il domicilio in Orleans, basta che avesse intenzione di fissarvelo, perchè Orleans debba essere riputato luogo del suo domicilio matrimoniale, e perchè il marito sia in conseguenza riputato aver voluto seguire le leggi di Orleans pel suo matrimonio piuttostochè quelle del domicilio ch'era per abbandonare.

17. Noi abbiamo veduto di qual natura fosse la disposizione degli Statuti che stabiliscono una comunione di beni tra marito e moglie, quando le parti non sonosi spiegate nel contratto di matrimonio. Ci resta da esaminare di quale natura sia la disposizione dello Statuto di Normandia che vieta la comunione. Si metterà nella classe degli Statuti reali, che hanno per oggetto principale le cose, come sono quelli che vietano di disporre de' fondi proprj per donazione o legato oltre una certa porzione, quelli che vietano ai mariti ed alle mogli di farsi donazione, ed altri infiniti? O si metterà piuttosto nella classe degli Statuti personali che hanno per oggetto di regolare lo stato delle persone?

Se questo Statuto fosse riguardato come uno Statuto reale, essendo della natura di tali Statuti lo esercitare il loro impero sopra tutte le cose situate nel loro territorio riguardo a qualsiasi persona, ne verrebbe che, quando un uomo acquistasse un fondo in Normandia durante la comunione con sua moglie, seb-

bene non vi avesse il suo domicilio, questo fondo non cadrebbe nella sua comunione, non permettendolo la legge di Normandia cui questo fondo verrebbe supposto esser soggetto per la sua situazione: e la moglie non potrebbe pretendere in questo fondo niente di più di ciò che la legge di Normandia, art. 329, accorda alle donne ne'coacquisti. Ma siccome non debb'essere in potere del marito di profittare de'beni della comunione in pregiudizio della moglie, così il marito, in caso di accettazione della comunione, dovrebbe indennizzare sua moglie o i suoi eredi della metà della somma che avesse preso dalla comunione per far questo acquisto, salva la deduzione del valore del dritto ch'ella ha sul fondo.

M. Bullenois, nella sua questione quinta, ci assicura che nel parlamento di Parigi la disposizione dello Statuto di Normandia, che vieta la comunione tra i conjugi, è considerata come una disposizione personale che ha per oggetto di regolare lo stato delle persone: essendo la comunione, che è l'oggetto di questa disposizione, qualche cosa che appartiene allo stato delle persone maritate. In conseguenza, seguendo la natura degli Statuti personali, i quali non esercitano il loro impero se non sopra le persone domiciliate nel loro territorio, la disposizione dello Statuto di Normandia, che proibisce la comunione, è riputata non aver luogo che riguardo alle persone domiciliate in Normandia in tempo del loro matrimonio, per cui non possono contrattare una comunione.

18. Le persone sottomesse a questa legge pel domicilio ch'esse hanno nella provincia di Normandia, non possono eluderla andando a fare un contratto di matrimonio in una provincia le di cui leggi ammettano la comunione, con intenzione di ritornare in Normandia dopo aver celebrato il loro matrimonio. Bullenois nella sua questione quinta decide con ragione che la convenzione di comunione stipulata nel contratto di matrimonio, che le parti han fatto in quel luogo, non è più valida di quel che sarebbe se il contratto fosse stato fatto in Normandia; imperciocchè non regolando le leggi del luogo in cui si fa un atto, se non le forme esteriori, quelle del luogo di domicilio delle parti contraenti, alle quali le di loro persone sono sempre sottomesse, ovunque vadano a contrattare, sono quelle che regolano i loro obblighi personali e le convenzioni che loro sono permesse o interdette.

19. Allorchè soltanto uno de' conjugi sia di Normandia e l' altro di Parigi o di altra provincia, le di cui leggi ammettono la comunione, si opina comunemente che se il Parigino sia quello che vada a prender moglie in Normandia per condurla a Parigi, vi sarà comunione di beni secondo lo Statuto di Parigi; al contrario non vi sarà comunione quando un Normanno va a prender moglie a Parigi, e le parti nel contratto di matrimonio non siensi spiegate sulla comunione.

La questione sopra la quale sono divisi i pareri è la seguente: se un Normanno viene a Parigi a sposare una Parigina per condurla in Normandia, la Parigina potrà ella stipulare validamente la comunione con una clausola espressa del suo contratto di matrimonio? Si tiene la negativa in Normandia: la ragione è, ch'essendo l'uomo soggetto allo Statuto della sua provincia di Normandia, nella quale ha intenzione di ritornare, non può convenire di una comunione contro una disposizione di una legge proibitiva che gliela vieta: invano direbbesi che, non essendo ancora la Parigina soggetta allo Statuto di Normandia in tempo della celebrazione del suo contratto di matrimonio, ha potuto validamente stipulare una comunione di beni: imperciocchè per render valida una convenzione non basta che una delle parti ne sia stata capace; ma bisogna che lo sieno ambe le parti: quindi, affinchè la convenzione di comunione portata nel contratto di matrimonio sia valida, non basta che la Parigina ne sia stata capace; il Normanno, che ha partecipato a tale convenzione, essendone incapace per una legge della sua provincia che gliela interdice, essa non può esser valida.

A Parigi, al contrario, si giudica che questa convenzione sia valida. Dicesi che lo Statuto di Normandia, proibendo la convenzione di comu-

nione, non ha inteso di proibirla se non ne' matrimonj che venivano contratti fra persone che fossero ambedue della provincia; che non ha inteso di turbare la libertà che gli uomini hanno di contrarre matrimonio con donne di altre provincie, nè per conseguenza impedir loro in questo caso di contrarre matrimonio secondo le leggi della provincia della donna che sposano. Siccome non mancasi in questo caso di far rogare il contratto di matrimonio da un notajo del *Chatelet* di Parigi, e siccome i contratti rogati da tali notaj sono soggetti alla giurisdiziune dello stesso *Chatelet*, la cognizione delle contestazioni, che potessero insorgere intorno alle clausole di tale contratto di matrimonio, dopo la sua dissoluziune, vi sono giudicate secondo questa giurisprudenza.

Noi divideremo in sei parti questo Trattato della comunione tra conjugi: tratteremo, nella prima parte, delle persone tra le quali possa contrarsi; del tempo in cui comincia, e delle cose delle quali sia composta tanto in attivo quanto in passivo: nella seconda, del dritto de'conjugi sulle cose delle quali è composta la comunione, finchè essa dura; nella terza, dello scioglimento della comunione, e del dritto che la moglie o i suoi eredi hanno di accettarla o rinunziarvi: nella quarta, della liquidazione e della divisione che si ha da fare dopo la dissoluzione della comunione: nella quinta vedremo come ciascun conjuge e i suoi eredi sieno tenuti a' debiti di essa; tratteremo, nella sesta parte, della continuazione della comunione.

PARTE PRIMA

DELLE PERSONE TRA LE QUALI PUÒ CONTRARSI LA COMUNIONE, DEL TEMPO IN CUI ELLA INCOMINCIA, E DELLE COSE DELLE QUALI È COMPOSTA TANTO IN ATTIVO QUANTO IN PASSIVO.

CAPITOLO PRIMO.

Delle persone tra le quali può contrarsi la comunione, sia legale, sia convenzionale; e del tempo in cui incomincia.

ARTICOLO PRIMO.

Delle persone tra le quali può contrarsi la comunione, sia legale sia convenzionale.

20. Essendo la comunione, tanto legale che convenzionale, un effetto civile del matrimonio, ne viene in conseguenza, ch'essa non può contrarsi se non da persone capaci di contrarre insieme un matrimonio civile. Quindi se una delle parti che hanno contratto matrimonio era priva allora dello stato civile per causa di una condanna ad una pena capitale, non potendo esservi matrimonio civile tra quelle persone, non vi sarà nemmeno comunione conjugale. Ciò ha luogo, con più forte ragione, quando il matrimonio non solamente non sia un matrimonio civile, ma sia assolutamente nullo.

Non ostante, la buona fede di una delle parti, che ha avuto giusto motivo d'ignorare l'impedimento della legittimità o della validità del matrimonio, può attribuire gli effetti civili a quel matrimonio sebbene non sia matrimonio civile e sia anzi assolutamente nullo; e per conseguenza la comunione conjugale avrà luogo tra queste persone. *Vedete il nostro Trattato del Matrimonio*, n. 447 *e seg.*

21. Allorchè persone straniere, do-

miciliate in Francia, sebbene non naturalizzate, sotto uno Statuto che ammetta la comunione, senza che sia necessario di stipularla, vi contraggono matrimonio, senza celebrare alcun contratto nuziale, ha luogo tra esse la comunione legale. È vero che non sono capaci del dritto civile, il quale è stato stabilito soltanto pe' cittadini, come il dritto de'testamenti, delle successioni, del retratto gentilizio; ma esse sono capaci di ciò che appartiene al dritto delle genti, come sono tutte le convenzioni: ora, la comunione legale non è fondata che sopra una convenzione, colla quale le persone che contraggono matrimonio sono presunte aver dovuto stabilire fra loro una comunione simile a quella che la legge del loro domicilio stabilisce, *supra* n. 10; della qual convenzione come di tutte le altre sono capaci gli stranieri. La comunione legale può adunque aver luogo tra queste persone: con più forte ragione può averlo la convenzionale.

ARTICOLO II.

Del tempo in cui comincia la comunione, tanto legale quanto convenzionale.

22. La comunione legale non cominciava una volta che al momento della consumazione del matrimonio per mezzo del commercio carnale dei conjugi, come osserva Laurière nella sua nota sull' *art.* 220 dello Statuto di Parigi. Ma il nuovo Statuto, *art.* 230, ha abrogato questo dritto. Esso dice: *la comunione comincia dal giorno dello sposalizio e della benedizione nunziale.*

Ciò ha luogo in tutti gli Statuti del regno che ammettono una comunione legale, non solo in quelli che l' ammettono indistintamente, per quanto sia poco il tempo che il matrimonio ha durato, ma ancora in quelli che non l' ammettono se non quando il matrimonio abbia durato un anno e un giorno; imperocchè in questi la coabitazione, che i conjugi hanno avuto per un anno e un giorno, fa presumere che abbiano avuto volontà di contrarre una comunione dal momento che hanno contratto matrimonio. Quindi Molineo, nella sua nota sull'*art.* 508 dello Statuto del Manese, dice: *trahitur retro ad diem nuptiarum.*

23. La comunione convenzionale pure comincia dal giorno della benedizione nuziale, e non da quello del contratto di matrimonio nel quale viene stipulata; ciò appare da queste parole usitate ne' contratti di matrimonio, *i frutti* SARANNO UNI E COMUNI; queste parole, che sono in futuro, fanno conoscere che la intenzione delle parti è di non cominciare questa comunione, se non quando avrà principio il loro matrimonio. D'altronde, essendo la comunione, che si contrae fra conjugi, differente dalle società che si contraggono tra le altre persone, ed avendo caratteri che gli sono proprj, come abbiam veduto di sopra, n. 3, ne viene che non può aver luogo se non quando le parti hanno acquistato la qualità di conjugi colla celebrazione del matrimonio.

CAPITOLO II.

Delle cose delle quali è composta la comunione legale tanto nell' attivo che nel passivo.

SEZIONE PRIMA.

Delle cose delle quali è composta la comunione riguardo all' attivo.

24. *L'articolo* 2.0 dello Statuto di Parigi ci indica quali sieno le cose delle quali è composta la comunione riguardo all'attivo. *Uomo e donna uniti insieme per matrimonio, sono comuni in beni mobili e coacquisti immobili fatti durante e stante il matrimonio.* Lo Statuto non assegna che due specie principali di cose, le quali compongono la comunione legale, i mobili cioè ed i coacquisti immobili.

Noi tratteremo nel primo articolo delle cose mobiliari; nel secondo dei coacquisti; aggiugneremo un terzo articolo nel quale tratteremo de' frutti

de'beni proprj di ciascun conjuge che sono percepiti o scaduti durante la comunione.

Se l' articolo dello Statuto su riportato non ne ha fatto parola, e non ne ha fatto una terza specie di cose, delle quali è composta la comunione legale, il motivo è perchè sono racchiuse in quella de' mobili, e qualche volta in quella de'coacquisti; non ostante, questi frutti veramente consistono in una terza specie di cose delle quali è composta la comunione, come vedremo a suo luogo.

ARTICOLO PRIMO.

Dei mobili.

25. Lo Statuto dicendo che marito e moglie sono una sola cosa ed in comunione riguardo ai *mobili*, comprende sotto la generalità di questa parola *mobili*, tutti i mobili di ciascun conjuge di qualunque specie sieno; non solo i mobili corporali, ma anche i beni mobiliari incorporali, essendo compresi nel termine generale di *mobili*. Lo Statuto di Orleans, *art.* 168, per non lasciar alcun dubbio su questo punto si è spiegato così: *sono uniti e comuni ne' beni mobili e crediti.* Molti altri Statuti hanno adottato la stessa spiegazione.

26. Lo Statuto di Parigi comprende in oltre, sotto la generalità de'termini de'quali si serve, tanto i beni mobili che appartenevano a ciascun conjuge in tempo di matrimonio e prima, quanto quelli che sono stati acquistati dopo. Ciò apparisce dalla interpunzione del testo; esso dice: *sono comuni nei beni mobili, e coacquisti immobili fatti durante e stante il loro matrimonio*: essendo posta la virgola dopo queste parole, *ne' beni mobili*, nè essendovene dopo le parole, *coacquisti immobili*, ne viene che i termini restrittivi *fatti durante e stante il loro matrimonio* non si riportano che ai coacquisti immobili, non già a' mobili.

Si può anco argomentare da ciò che lo Statuto di Parigi, nell'*art.* seguente, *sottopone* espressamente la comunione ai debiti mobiliari di ciascun conjuge, sia ch'esso gli abbia contratti prima, sia dopo il matrimonio: il credito mobiliare deve dunque parimente entrarvi, sia esso acquistato prima, sia dopo il matrimonio. Finalmente l'*art.* 168 dello Statuto di Orleans compilato 3 anni dopo quello di Parigi, dagli stessi commissarj, e che deve servire ad interpretarlo, se ne spiega formalmente; esso dice: *Marito e moglie sono uni e comuni in beni mobili, crediti e debiti, fatti* tanto prima del loro matrimonio, CHE ESSO DURANTE.

Per far conoscere più distintamente quali sieno le cose che compongono la comunione legale sotto il nome di mobili, noi vedremo in un primo paragrafo quali sieno le cose corporali, che sono mobili, e che per conseguenza entrano nella comunione legale; in un secondo, quali sieno le cose incorporali, che sono riputate mobili, e che per conseguenza entrano in questa comunione; finalmente in un terzo tratteremo di alcune eccezioni che soffre questo principio.

§ 1. *De' mobili corporali.*

27. Le cose corporali gli sono esenti fisici, le cose *quae tangi possunt.* Esse sono mobili o immobili.

28. Si chiamano *mobili* quelle, che si possono trasportare da un luogo all'altro, e non fanno parte di qualche fondo o di qualche cosa.

29. Comunque sia grande il volume delle cose che si possono trasportare da un luogo all' altro, e comunque grande ne sia il prezzo, esse non lasciano di passare per mobili e di entrare per conseguenza nella comunione. Per esempio i grandi vascelli, che appartengono ad un armatore, entrano nella di lui comunione legale con sua moglie. Lo Statuto di Calais, *tit.* 1, *art.* 3, e quello di Normandia, *art.* 519, ne contengono alcune disposizioni.

30. Per la stessa ragione comunque grande sia la dignità dell' uomo, nelle nostre colonie i negri, che sono nostri schiavi, sono considerati come beni mobili ed entrano per conseguenza nella comunione legale.

La dichiarazione del re del mese di marzo 1668, ha fatto una eccezione a questa regola; *quando non sono annessi al terreno.* La legge intende con queste parole, *quando non sono annessi al terreno*, coloro che sono principalmente e per sempre destinati alla col-

tura delle terre di qualche abitazione: questi schiavi non sono *mobili*, perchè sono riputati far parte di un fondo di terra, cioè dell'abitazione alla coltura delle cui terre essi sono destinati; essi non vengono riputati fare che una sola e medesima cosa con quest'abitazione, e per conseguenza non entrano nella comunione legale, se non quando l'abitazione, alla quale sono attaccati, è un coacquisto che vi entra.

Riguardo a tutti gli altri schiavi, come sono quelli impiegati tanto al servigio della persona del loro padrone, per esempio un cameriere, un cocchiere, un cuoco, e quelli che sono addetti a qualche altro servigio che non gli attacchi alla coltura della terra, questa dichiarazione del re li dichiara mobili e devono per conseguenza entrare nella comunione legale.

31. Per ben conoscere quali cose debbano passare per mobili ed entrare per conseguenza nella comunione legale, bisogna stabilire alcune regole, che servono a discernere quali siano le cose, che si reputano far parte di un fondo di terra, o di casa, e quali quelle che non ne fanno parte e che debbono in conseguenza esser riputate mobili.

Regole sulle cose che vengono riputate far parte di un fondo di terra.

32. *Prima regola.* Gli edifizii, che sono costrutti sopra un fondo di terra, fanno parte del fondo secondo la regola: *quod solo inaedificatur, solo cedit. Inst. tit. de rer. divis.* § 29.

33. *Seconda regola.* Le sementi, che sono state sparse sul terreno, fanno pure parte del fondo nel quale sono state sparse: *quae sata sunt, solo cedere intelliguntur. Inst., d. tit.*, § 32.

34. *Terza regola.* È lo stesso degli alberi e degli arboscelli, come pure dei bulbi dei fiori, che sono del tutto fitte nel terreno; queste fanno parte del fondo dal momento che vi sono state piantate.

Se però alcuno avesse per errore piantato un albero in un fondo, che non gli appartenesse, l'albero conserverebbe la sua qualità di mobile; nè crederebbesi far parte del fondo in cui è stato piantato, fino a che non si fosse abbracciato colle sue radici. *Inst., dict. tit.*, § 31.

La regola soffre un'altra eccezione riguardo agli alberi dei vivai i quali sono trasportati dal fondo, che gli ha prodotti, in un altro in cui vengono messi come in deposito per nudrirvisi e fortificarvisi fino a che si cavino per venderli: questi alberi conservano la loro qualità di mobili, e l'hanno acquistata quando sono stati cavati dal terreno in cui sono nati; non si reputano far parte del fondo nel quale vengono trapiantati, poichè non vi sono stati piantati per restarvi sempre, ma vi sono stati messi come in deposito fino a che fossero cavati per venderli, e per conseguenza entrano nella comunione legale.

Riguardo agli arboscelli ed ai fiori che sono piantati nei vasi e nelle casse, non v'ha dubbio che queste sieno cose mobili, come pure lo sono i vasi e le casse in cui sono piantati.

32. *Quarta regola.* Le cose poste in un terreno, sebbene non vi siano attaccate che lievemente, si reputano farne parte, quando vi siano poste per restarvi a perpetuità.

Secondo questa regola i pali che servono di stagno alle vigne, sebbene non sieno che leggermente attaccati al fondo in cui sono stati piantati, ne fanno parte perchè vi sono destinati a servirvi a tal uso finchè siano del tutto inservibili.

36. Secondo questa stessa regola, un molino a vento si reputa far parte del suolo sul quale è posto, perchè vi è posto a perpetuità, quantunque non siavi attaccato. Molti Statuti ne contengono delle disposizioni. Parigi, *art.* 90; Orleans, *art.* 352.

Riguardo ai molini posti sopra battelli, come abbiamo noi sulla Loira, questi sono mobili, essendolo anche i battelli su i quali son posti. Orleans, *art.* 352. Molti altri Statuti ne contengono alcune disposizioni. Il solo Statuto di Berri, *tit.* 4, *art.* 3, li dichiara immobili. L'articolo 90 dello Statuto di Parigi dice, per verità, indistintamente che i molini ad acqua sono immobili; ma ciò non devesi intendere se non di quelli che sono fissi su pilastri piantati sopra il suolo del fiume, e non di quelli che sono posti sui battelli.

37. Un molino a vento non venendo riputato immobile e far parte del

fondo, se non perchè vi è posto a perpetuità, ne viene in conseguenza che non debbesi tale considerare, se non quando vi è stato posto dal proprietario del fondo; e che diversa esser debba la cosa quando vi sia stato posto dallo usufruttuario o dal conduttore del fondo: imperciocchè non può dirsi in questo caso che vi sia posto a perpetuità, presumendosi che tanto l' usufruttuario quanto il conduttore non l' abbiano posto se non pel tempo che aveva da durare l' usufrutto o la locazione, alla fine della quale debba toglierlo; il molino adunque in questo caso deve passare per una cosa mobile, e deve per conseguenza entrare nella comunione legale dell' usufruttuario o del conduttore.

38. Riguardo ai pali delle vigne, quantunque siano stati posti da un usufruttuario o conduttore, pure presumesi che vi siano stati posti a perpetuità e facciano quindi parte della vigna, essendo obbligati, tanto l' usufruttuario quanto il conduttore, in tali loro qualità, di mantenere i pali alla vigna e di lasciarvi quelli che vi hanno posto, al finir dell' usufrutto o della locazione.

39. *Quinta regola*. Le cose, che si reputano far parte di un fondo, continuano ancora, quando ne siano staccate, a riputarsi tali fin tanto che sono destinate ad esservi riposte. Così i bulbi de' fiori che nell' inverno si cavano da un giardino per esservi riposte nella primavera, continuano a far parte di questo giardino, fintantochè sono destinati ad esservi ripiantati. Similmente i pali che si levano dalla vigna nell' inverno per esservi rimessi nella primavera, durante anco l' inverno, si reputano far parte della vigna.

Questa destinazione basta per conservare alle dette cose la qualità d' immobili e di parte del fondo quando l' hanno acquistate, ma non basta già per farla acquistare alle medesime. Quindi se io ho comprato dei bulbi di tulipani da un giardiniere per piantarli in un giardino, questa distinzione non toglie loro di esser cose mobili, e non si comincia a riputare che facciano parte del mio giardino finchè non vi sieno stati piantati. Parimenti, se io ho fatto porre nel mio podere de' pali per impiegarli nelle mie vigne, questa distinzione non impedisce loro di conservare la qualità di mobili, e non farà loro acquistare quella d' immobili e di parte della vigna fino a che non sieno stati piantati nel terreno, o siavi stata attaccata la vite. Così insegna Ulpiano nelle legge 17, § 11, ff. *de act. empt. Pali qui vinae causa parati sunt antequam collocentur, fundi non sunt; sed qui exempti sunt hac mente, ud collocentur, fundi sunt.*

40. *Regola sesta*. Le paglie che si raccolgono in un fondo, ed i concimi fatti dagli animali, che servono alla di lui coltura, essendo destinati fino dalla loro nascita a restare in questo fondo, ad esservi sparse per concimario, ed essere in qualche maniera identificate con esso, si reputano farne parte. In conseguenza di questo principio, Ulpiano decide che, quando un fondo viene ad esser venduto o lasciato in legato, le paglie ed i concimi che vi sono appartengono al compratore o al legatario come facienti parte del fondo: *fundo vendito vel legato, sterquilinium et strumenta emptoris et legatarii sunt*; *d. l.* 17, § 2.

Siccome è questa destinazione che fa considerare le paglie ed i concimi del fondo, bisogna decidere diversamente, quando fosse uso del padre di famiglia di venderli piuttostochè impiegarli a concimare il suo terreno; sarebbero in questo caso reputati mobili ed entrerebbero per conseguenza nella comunione legale del proprietario di queste paglie e di questi concimi, con sua moglie. Questa è la distinzione che Trebazio faceva: *In sterquilinio autem distinctio Trebatii probanda est: ut si quidem stercorandi agri causa comparatum sit, emptorem sequatur* (*tanquam pars fundi venditi*); *si vendendi venditorem* [*quasi hoc casu non sit pars fundi venditi, sed res mobilis distincta a fundo*]; *d.* § 2.

41. *Regola settima*. Le cose, che per loro natura non possono per sè stesse essere *in bonis nostris*, e che non ci appartengono se non per causa di una delle nostre terre in cui si trovano, sono riputate farne parte.

Secondo questa regola gli animali, che godono della loro libertà naturale, e si trovano in un certo luogo, fanno parte di quel luogo in cui sono nella loro naturale libertà. Per esem-

pio, i pesci vengono riputati far parte della peschiera, i conigli delle conigliere, i piccioni della colombaja in cui si trovano nella loro naturale libertà e con cui si reputano fare una sola e medesima cosa.

La ragione è che secondo i principj del diritto, gli animali, *ferae naturae*, non sono propriamente *in bonis* se non quando noi li teniamo *sub manu et custodia nostra*. Imperciocchè il proprietario di una peschiera in cui sono de' pesci, di un covo in cui sono de' conigli, di una colombaja in cui sono de' piccioni, è solamente proprietario di una peschiera di pesci, di un covo fornito di conigli, di una colombaja fornita di piccioni, anzichè esserlo de' pesci, de' conigli e de' piccioni che vi sono. Essendo adunque questi animali, in quanto al dominio, che il proprietario ha delle peschiere, dei covi e delle colombaje, qualche cosa di distinto dalla peschiera, dal covo, dalla colombaja in cui sono nella naturale libertà, ne viene che, *per se*, non possono entrare come cosa mobile nella comunione legale di quel proprietario con sua moglie; quindi non possono entrarvi, se non in quanto la peschiera, la coniglieria e la colombaja, co' quali si reputa che facciano una sola e medesima cosa, fossero acquisti di comunione che vi entrassero.

Ma quando questi animali non sono nella loro naturale libertà, e sono *sub manu nostra*, come sono i pesci, che abbiamo in una peschiera di cui siasi alzata la chiusa e che sia messa in secco, come pure i conigli che sono allevati in un granajo, e i piccioni che si allevano sotto un paniere o che sono rinchiusi nel colombajo, questi animali in tal caso ci appartengono *per se* come cose mobili, ed entrano con questa qualità nella comunione legale.

Questa disposizione trovasi in molti Statuti; quello di Parigi, *art.* 19, dice: il pesce che sta in una peschiera o in una fossa è riputato immobile (1); ma quando è nella bottega, nel serbatojo, è riputato mobile. Il nostro Statuto di Orleans, *art.* 335, dice lo stesso. Questa distinzione si trova nell' autore del gran *Coutumier*.

Essa trovasi nelle leggi romane. Ulpiano dicendo: ***Pisces qui sunt in piscina non sunt aedium nec fundi***, ***non magis quam pull***; *l.* 15 *e* 16, *ff. de act. empt.*, lascia a concludere che sia diversamente, quando sono ***in stagno***, ***in laxitate naturali***. Paolo nella *l.* 3, § 14, *ff. de acquir possessione*: *feras bestias quas vivarris* (2) *incluserimus, et pisces quos in piscina conjecerimus, a nobis possideri, sed eos pisces qui in stagno sunt, aut feras quae in silvis circumseptis vagantur a nobis non possideri* (3) *quoniam relictae sunt in libertate naturali*.

Questa distinzione essendo presa nella natura delle cose, deve esser osservata ovunque gli Statuti non ne hanno fatto spiegazione.

42. Da che lo Statuto dichiara immobili i pesci che sono in una peschiera nella loro naturale libertà, Chopin, sullo Statuto di Parigi, e Lebrun, nel suo *Trattato della Comunione*, ne hanno mal a proposito tirato una conseguenza, che le api doveano pure considerarsi come immobili, perchè si trovano nella loro naturale libertà ne' loro alveari, ne' quali sono tenute chiuse, ed ove vanno e vengono a piacere. La falsità di questa conseguenza è evidente: perciocchè se i pesci, che sono in una peschiera, sono immobili, il motivo è perchè la peschiera, colla quale sono riputati fare una stessa cosa, è un immobile. Al contrario, un alveare col quale le api che vi stanno nella loro naturale libertà non compongono che una stessa e sola cosa, essendo un mobile, che in tale qualità entra nella comunione legale, le api di questo alveare, che fanno con esso un solo tutto, devono parimente avere la qualità di *mobile* ed appartenere unitamente allo alveare alla comunione legale.

43. Da tutto ciò risulta la differenza

(1) Come non facendo che una sola e medesima cosa colla peschiera dove è *libertate naturali*.

(2) *Gellius noct. artic.* 11, 20: *ait vivaria, septa quaedam loca esse in quibus ferae vivae pascuntur, quae a Varrone appellantur leporaria* (covi), *a Scipione roboraria, quod ea plerumque tabulis roboreis septa essent.*

(3) *Possidemus tantum stagnum piscibus refertum, aut sylvam feris bestiis refertam.*

degli animali *ferae naturae* dagli animali domestici. Riguardo agli animali *ferae naturae*, finchè sono *in naturali laxitate*, noi non ne siamo nè possessori nè proprietarj *per se*, ma lo siamo *ratione loci nostri in quo sunt*. Non è così riguardo agli animali domestici, come sono i polli e gli altri animali da cortile: noi non ne siamo possessori nè proprietarii *ratione loci nostri in quo sunt*, ma ne siamo possessori e proprietarj *per se*; e siccome questi animali sono per se stessi qualche cosa di mobile, perciò riguardo a noi non sono un bene mobile, e che deve per conseguenza entrare nella comunione.

La stessa cosa ha luogo riguardo agli animali, che servono alla coltura della terra, come i cavalli, i buoi, le vacche, le greggi; noi ne siamo possessori *per se*, come di un bene mobile, e devono in questa qualità entrare nella comunione legale; noi non siamo proprietarj di questi animali *ratione fundi*, alla cui coltivazione essi servono; quindi essi, come tutte le altre cose che servono alla coltura di un terreno, non ne fanno parte: *Instrumentum fundi non est pars fundi*; *arg. l. fin.*, *ff. de supell. leg.*; *l.* 2, § 1, *ff. de instrum. leg.*

44. Quantunque sia tale il dritto che deve osservarsi finchè non vi sarà legge contraria, non ostante io non posso trattenermi di far vedere che sarebbe a desiderarsi che vi fosse una legge la quale attaccasse al dominio di un fondo quello del bestiame che serve alla sua coltivazione, ordinando che quelle bestie necessarie a coltivarlo fossero considerate farne parte; e che in conseguenza, in materia di comunione, non vi cadessero, se non in quanto vi cadesse il fondo; che in materia di successione l'erede de' beni proprj, il quale succede nel terreno, succedesse anco nel bestiame che vi appartiene; che in materia di *retratto*, chi esercita tal diritto avesse il fondo col bestiame che vi è addetto; che in materia di custodia nobile sotto gli Statuti che danno i mobili del minore al custode, questi non potesse attribuirsi il bestiame delle terre del minore come beni mobili. Per la mancanza di una tal legge, a quanti inconvenienti si è esposto, i quali sono opposti al ben essere dell' agricoltura! Una donna, che aveva un podere ben fornito di bestiame, si è rimaritata senza contratto di matrimonio: essa è obbligata, dopo la morte di suo marito, a rinunziare alla comunione, e lasciare in conseguenza agli eredi o ai creditori di suo marito tutto il bestiame del suo podere, che è entrato nella comunione a cui ella ha rinunziato; essa non ha mezzi per comprarne una quantità sufficiente, quindi non potrà bene fertilizzare la sua terra. In materia di successione ed in materia di *retratto* un erede de' beni proprj succede in un fondo senza succedere al bestiame che appartiene all' erede dei mobili; colui che esercitò il diritto di retratto ricupera la terra senza averne il bestiame; se essi non hanno i mezzi di acquistarne una quantità sufficiente, ecco che la terra sarà mal coltivata. L' inconveniente è ancor più sensibile in materia della nobile custodia nelle provincie in cui la legge dà in proprietà al custode tutti i mobili devoluti al suo minore nella successione del predefunto genitore; questo minore alla fine della custodia troverà le sue terre senza bestiame, il quale, come mobile, appartiene al suo custode; come fertilizzerà egli le sue terre?

Il legislatore ha già riconosciuta l' utilità di non separare da una terra il bestiame che serve alla sua coltivazione, ordinando coll' editto del 1747, *art.* 6, contro la disposizione del diritto romano, che il bestiame, che serve alla coltivazione di un fondo, fosse riputato compreso nel fedecommesso della terra, quantunque il testatore non se ne fosse spiegato. Mi si perdonerà questa digressione.

45. *Ottava regola*. I frutti e le produzioni della terra, finchè sono pendenti, fanno parte del fondo che gli ha prodotti, e col quale sono considerati fare una sola e medesima cosa. Ma tostochè ne vengono separati, cominciano ad essere una cosa particolare distinta dal fondo del quale prima facevano parte, ed è evidente che questa cosa che essi cominciano ad essere, è una cosa mobile, essendo trasferibile da un luogo all' altro.

Questa dottrina è presa dalle leggi romane. Gajo ci dice: *Fructus penden-*

tes pars fundi videntur; *l.* 44, *ff. de rei vindic.* ed Ulpiano dice: *fructus perceptos villae non esse constat*; *l.* 17, § 1, *ff. de act. empt.* Lo Statuto di Parigi, *art.* 92, dice parimenti: « il legname tagliato, la biada, il fieno o il grano falciato o mietuto, supposto che sia ancora sul campo e non trasportato, è mobile; ma quando è in piedi ed unito alla radice, è riputato immobile ».

Lo Statuto dice, *supposto che sia ancora sul campo*; *cioè quantunque sia ancora sul campo*. La ragione è che la sua separazione dal fondo al quale era unito è quella che lo rende cosa mobile, la quale esiste separatamente dal fondo e non ne fa più parte; basta adunque che queste legna, questo grano, questo fieno sia separato dalla terra, quantunque sia ancora sul fondo, perchè sia una cosa mobile. Il nostro Statuto di Orleans, *art.* 354, dice parimenti i *frutti pendenti dalle radici sono immobili.*

46. Secondo la regola che abbiamo esposta, gli alberi de' vivaj barbicati sul fondo, che gli ha prodotti coi semi che vi sono stati seminati, si reputano far parte di questo fondo, e fare una sola e medesima cosa con esso. Ma quando ne sono stati cavati e separati, diventano una cosa mobile distinta dal fondo.

Essi conservano pure questa qualità di cose mobili, quando sono trapiantati in un altro fondo in cui vengono messi come in deposito per fortificarsi qualche tempo, fino a che sieno cavati per vendersi: imperciocchè non essendo se non come in deposito in questa terra, non ne fanno parte, come abbiam veduto *supra*, *n.* 34.

Vedete, *infra*, *art.* 3, una limitazione, fatta da alcuni Statuti, alla regola che i frutti pendenti sono immobili.

Regola sulle cose che sono considerate far parte di una casa o di altro edifizio.

47. Lo Statuto di Parigi, riguardo a ciò, stabilisce una regola nell' *art.* 90, che è concepita in questi termini: « Gli utensili della casa, che si possono trasportare senza frazione e deteriorazione, sono riputati mobili; ma quando sono attaccati a ferro e chiodi, o sono uniti con gesso e posti a perpetuità, e non possono trasportarsi senza frazione o deteriorazione, sono considerati immobili ».

Questa regola è imperfetta; imperciocchè vi sono delle cose, che senza essere attaccate a ferro e chiodi sono riputate far parte della casa; ed altre che sebbene attaccate a ferro e chiodi, non si reputano farne parte; per ischiarire adunque la materia fa d' uopo stabilire le seguenti regole.

48. *Regola prima.* Le cose che sono in una casa o altro edifizio a perpetuità, ne fanno parte: *secus* se vi fossero soltanto per un dato tempo. Questa regola è presa dalla *l.* 17, § 7, *ff. de act. empt. Labeo generaliter scribit, ea quae perpetui usus causa in aedificis sunt, aedificii esse*; *quae vero ad presens, non esse aedificii.*

49. *Regola seconda.* Le cose che sono annesse a un edificio in modo che sia difficile distaccarnele, si presume esservi a perpetuità e far parte dell'edifizio o della casa ove sono attaccate.

Conformemente a questa regola, lo Statuto di Parigi, *art.* 90, ed il nostro Statuto di Orleans, *art.* 353, decidono che un torchio è riputato immobile, come facente parte della casa o dello edifizio in cui è costrutto.

Ciò non devesi intendere che dei grandi torchi ad albero o a ruote; sono stati in seguito inventati de' piccoli torchi a tramoggia, che si possono facilmente trasportare da un luogo all' altro; questi sono cose mobili. Gli antichi aveano anche de' piccoli torchi che si potevano facilmente levare, e di questi appunto devesi intendere ciò che dice Ulpiano: *Multa etiam de fossa esse, neque tamen fundi, aut villae haberi, ut puta vasa vinaria*, TORCULARIA, *quoniam haec instrumenta magis sunt, quamvis aedificio cohaerent*; *d. l.* 17, *ff. de act. empt.*

50. Che che egli dica che i vasi nei quali si mette il vino, sebbene posti in terra, sieno mobili, ciò devesi intendere soltanto di quelli che si possono facilmente levare, e non delle grandi botti che è difficile smuovere. Così Cujacio concilia questa legge colla legge 21. *ff. de instrum. leg.* ove dice: *Dolia, molae olivariae, et prelum, et quae-*

cumque infixa sunt, inaedificataque sunt, fundi sunt.

Riguardo ai grandi tini, de' quali noi ci serviamo nei nostri cellai, e che non sono fitti in terra nè coerenti, e che si possono per conseguenza facilmente trasportare, non v'ha dubbio che questi sieno puri mobili, e che non vengano riputati far parte del luogo in cui si trovano: *Sunt magis instrumenta fundi, quam pars fundi.*

Molti Statuti hanno tenute queste distinzioni: quello di Melun, *art.* 283, dice: « le grandi botti e i tinozzi sono riputati mobili; ma quelli che non si possono facilmente levare, menochè non si faccia qualche apertura, o si debbano scomporre, sono riputati immobili ». Quello di Normandia dice, *art.* 515: « i tini e le grandi botti sono riputate immobili se non si possono levare senza scomporli ». Quello di Tours, *art.* 224, di Calais, *art.* 3, di Chalons, *art.* 108, dicono lo stesso.

Questi Statuti recano per esempio i tini e caldaje de' fabbricatori di birra, de' tintori, di quelli che conciano le pelli, le quali caldaje sono fabbricate.

Laon, *art.* 101, reputa mobili i tini e gli altri grandi utensili che si possono scomporre e trasportare senza deteriorazione.

51. I torchj delle stamperie, i telaj de' tessitori, sebbene attaccati al luogo, in cui si trovano, pure, potendo essere facilmente levati, non si considera che facciano parte della casa in cui si trovano, ma sono puri mobili. Così fu giudicato pe' torchj della stamperia del celebre Roberto Etienne da una sentenza che tutti i commentatori hanno riportato.

52. Non è lo stesso di una fucina di un maniscalco, di un fabbro; imperciocchè non potendo essere levata dal luogo in cui è costrutta senza demolirla, si reputa esservi posta a perpetuità e far parte della casa in cui è costrutta.

53. *Regola terza.* Le cose che possono facilmente esser tolte dal luogo in cui sono, non lasciano di esser considerate far parte della casa, quando vi servono a completare la parte della casa stessa in cui sono poste, *quum posita sunt ad integrandam domum;* ma se non servono che d'ornamento e di mobiglia, o per l'esercizio del mestiere della persona che abita nella casa, *si posita sunt ad instruendam domum*, non si reputano far parte della casa, e sono semplici mobili.

Questa regola è lo sviluppo di ciò che Ulpiano dice: *Ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium sunt .... vel propter aedes habentur; l.* 13, § *fin., ff. de act. empt.*

54. Secondo questa regola, i marmi e i tavolati, co' quali si copre una cappa di cammino o le muraglie di una camera, si reputano posti a perpetuità, sebbene possano essere facilmente distaccati; imperciocchè questi servono a completare ed a perfezionare le pareti che essi cuoprono, le quali senza di ciò sarebbero troppo nude e malconce, ed alle quali mancherebbe qualche cosa. Perciò Ulpiano dice nella legge 17, § 3, *ff. de act. empt. Crustae marmoreae aedium sunt.*

Per la stessa ragione il tavolato di una camera è riputato farne parte, perchè serve di *pavimentum*; ed il *pavimentum* di una camera è qualche cosa che ne fa parte.

55. Riguardo poi agli specchi ed a' quadri che sono incastrati in un cammino, se dietro lo specchio o il quadro vi sono i mattoni del cammino, o qualche tavola che non sia similmente ornato come è il resto, allora gli specchi ed i quadri sembrano posti per completare questa parte della casa; imperciocchè il cammino sarebbe imperfetto e vi mancherebbe qualche cosa, se dietro il quadro o lo specchio non vi fossero che mattoni, o qualche tavola di figura diversa dal resto del cammino; quindi il quadro o lo specchio essendo in questo caso posti *ad integrandam domum*, si reputa farne parte: *Quae tabulae pictae pro tectorio includuntur, aedium sunt*; *l.* 17, § 3, *ff. de act. empt.*

Al contrario, se dietro lo specchio o il quadro vi è un ornamento come nel resto del cammino, avendo in questo caso tutta la sua perfezione indipendentemente dallo specchio che vi è attaccato, non si può dire che lo specchio serva *ad integrandam domum*, ma piuttosto *ad instruendam domum*, e perciò, secondo il nostro principio, non deve riputarsi far parte della casa, ma devesi considerare come un mobile.

56. Quando nella costruzione di un grande atrio si sieno fatte delle nicchie, le statue che vi sono poste reputansi far parte della casa: imperciocchè esse vi sono poste *ad integrandam domum*, e servono a completare questa parte di casa; quindi non essendovi state fatte le nicchie se non per porvi delle statue, mancandovi esse, mancherebbe qualche cosa all' atrio.

Di queste statue appunto devesi intendere ciò che dice Papiniano: *Papinianus ait:sigilla* (1) *et statuas affixae, instrumento domus non continetur,sed domus portio sunt*; *l.* 12, § 23, *ff. de instrum. leg.*

57. Un parafuoco attaccato al muro del cammino con branche di ferro, fa parte della casa; imperciocchè servendo a riparare il muro del cammino dallo ardore del fuoco che lo abbrucerebbe e lo degraderebbe, il cammino è più completo e più perfetto quando ha questo parafuoco; esso adunque serve *ad integrandam domum*, *propter aedes habetur.*

58. Le tramezze, le alcove ec., sono pure riputate far parte della casa, poichè ne compongono la distribuzione.

59. Le rastrelliere di una scuderia, secondo questa regola, devono pure riputarsi immobili, come facienti parte della scuderia, perchè servono a completarla; mancherebbe qualche cosaad una scuderia, per poter esser tale, se vi mancassero le rastrelliere.

Per la stessa ragione, quando è stato costrutto un edifizio espressamente per farvi una raffinazione di zucchero, le grandi caldaje che vi sono murate reputansi far parte dell' edifizio a cui mancherebbe qualche cosa, e non sarebbe una raffineria senza di queste.

60. *Regola quarta.* Le cose che servono a completare la casa sebbene non vi sieno attaccate, pure sono riputate farne parte; tali sono quelle che servono a chiuderla, o a chiuderne una parte, come le chiavi, catenacci, le asse che servono a chiudere la bottega, i travi de' ponti levatoj, le soliere, un coperchio di pozzo: *Ædium multa esse, quae aedibus adfixa non sunt, ignorari non oportet; ut puta, seras, claves, claustra*; *l.*17, *ff. de act. empt.Opercula puteorum quamvis non sunt adfixa, aedium esse constat*; *d. l.* 17, § 8.

61. Per la stessa ragione, l' artiglieria che trovasi in un castello o fortezza, sebbene non vi sia attaccata, pure viene riputata esservi posta a perpetuità e farne parte; perchè serve a completare questo castello o fortezza, che senza artiglieria non potrebbe essere tale. Molti Statuti ne contengono delle disposizioni: Berri, Tours, Nivernese, Borbonese, Laon, Amiens, ec.

Per la stessa ragione dalla giurisprudenza è stato giudicato, che nelle terre in cui siavi una cappella, che ne è una dipendenza, i vasi sacri, gli ornamenti e le altre cose che servono alla celebrazione del divino uffizio, devono riputarsi immobili, come postivi a perpetuità, e servendo a completare questa parte della terra, che non sarebbe cappella senza le cose che servono a celebrarvi i divini uffizj. Lo Statuto di Amiens ne contiene una disposizione.

Bisogna decidere diversamente nel caso in cui alcuno avesse ottenuto dal vescovo il permesso di far celebrare la messa nel suo palazzo in Parigi, per causa d'infermità; non essendo stabilito per sempre in cappella il luogo in cui si celebra, i vasi sacri e gli ornamenti, che servono per la celebrazione della messa, non sono nel palazzo a perpetuità, e per ciò sono puri mobili.

62. *Regola quinta.* Le cose annesse ad una casa e di cui facciano parte, continuano a farne parte quando ne sono distaccate, finchè sono destinate ad esservi riposte; ma quelle che non hanno ancora fatto parte della casa, sebbene sieno destinate ad esservi annesse ed a farne parte, e sieno di già portate nella casa a questo effetto, pure non cominciano a farne parte finchè non vi sieno state unite come devono esserle: *Ea quae ex aedeficio detracta sunt, ut reponantur, aedificii sunt: at quae parata sunt ut imponantur, non sunt aedium*; *l.* 17, § 10. *Quod insulae causa paratum est, si nondum perfectum est, quamvis positum in aedificio sit, non tamen videtur aedium esse*; *d. l.* 17, § 5. *Adde l.* 18, § 1, *ff. d. tit.*

Secondo questa regola, se una casa sia stata incendiata, o sia caduta per vetustà, i materiali, che ne rimangono, conservano la loro qualità d' immobili,

(1) *Id est, parva signa*: piccole statue

finchè possono parere destinati alla ricostruzione di essa, ma quando il proprietario sembra avere abbandonato l' intenzione di ricostruire la sua casa, questi materiali, separati dal suolo, sono cose mobili.

63. *Regola sesta.* Le cose unite o non unite ad una casa, che venissero riputate far parte di essa, quando vi fossero poste dal proprietario, non reputansi farne parte, quando vi sono state poste da un usufruttuario o conduttore, i quali, o i loro eredi, hanno il dritto di distaccarle e di portarle in fine dell' usufrutto o della locazione. La ragione è, che l' usufruttuario o l'affittuale si reputano non averle poste, se non pel tempo del loro usufrutto o della loro locazione; questa è una conseguenza della prima regola.

Questa regola soffre eccezione riguardo alle chiavi: quelle chiavi che l' usufruttuario o l' inquilino di una casa ha fatto fare per essa ne fanno parte, e il conduttore egualmente, che gli eredi dell'usufruttuario, non possono ritenerle alla fine dell' usufrutto o della locazione, e sono obbligati rimetterle al proprietario, niuno potendo aver diritto di ritenere le chiavi di una casa, che non ha più diritto di abitare. Il conduttore in questo caso ha solamente il diritto di ripeterne il prezzo dal proprietario, se lo avesse posto in mora di fornirgliele.

Osservate che, riguardo alle cose attaccate a ferro e chiodi che l'usufruttuario o il conduttore che le ha poste nella casa ha diritto di togliere, il proprietario può ritenerle, offrendo di compensare il conduttore, o usufruttuario del prezzo che vagliono.

64. Tutte le cose le quali, secondo le regole che abbiamo stabilite, sono riputate far parte di un fondo di terra o di una casa, non essendo considerate *in sè* e come cose mobili, ma come facienti una sola e medesima cosa col fondo o colla casa, di cui fanno parte, non possono entrare nella comunione legale, meno che i fondi o le case, di cui fanno parte, non fossero un acquisto di comunione.

65. Oltre le cose che fanno parte di un terreno o di una casa, ve ne sono alcune altre ancora le quali, sebbene considerate *in sè* sieno cose mobili, nondimeno sono riputate immobili, essendo come l' accessorio di un diritto immobiliare col quale vengono considerate fare una sola e medesima cosa.

Tali sono i molini posti su i battelli dipendenti da un dritto feudale: sebbene *in sè* sieno cose mobili, come lo abbiam veduto *supra*, *n.* 36, nulla ostante essendo l'accessorio di un diritto di privativa che è un diritto immobiliare, vengono riputati immobili. Così c' insegna Molineo in una nota sopra l'*art.* 282 dello Statuto del Borbonese, dicendo che i molini posti sopra i battelli sono mobili: *Scilicet, quando sunt liberae facultatis; secus, si annexum habeant jus servitutis, et alii teneatur ibi molituram facere.* Lo Statuto di Tours, *art.* 221, ne contiene una disposizione.

§ 2. *Dei mobili incorporali.*

66. Le cose incorporali, che sono enti morali, *quae in jure consistunt*, non sono propriamente capaci della qualità di mobili, nè di quella d' immobili; imperciocchè non sussistendo queste cose se non nell' intelletto, nè potendo stare in alcun luogo, non può dirsi nè che sieno trasferibili da un luogo all' altro, nè che possano cambiare di luogo.

Nondimeno, avendo il nostro diritto francese distribuito i beni, cioè tutto ciò che noi abbiamo *in bonis*, in beni mobili ed immobili, è stato d' uopo assegnare le cose incorporali che abbiamo *in bonis* o all' una o all' altra di queste due classi di beni.

Per conoscere quali sieno le cose incorporali, che in qualità di beni mobili entrano nella comunione legale, è d' uopo stabilire alcune regole che facciano conoscere quali sieno le cose incorporali che appartengono alla classe de' beni mobili, e quali al contrario sieno quelle, che appartengono alla classe degl' immobili.

67. *Regola prima.* I diritti che noi abbiamo per causa di qualche nostro fondo, essendo dritti appartenenti al fondo, vengono riputati fare una sola e medesima cosa con esso, e perciò sono diritti immobili che appartengono alla classe degl' immobili.

Tali sono tutti i diritti di servitù

prediali, come il diritto di passare sul fondo vicino pel comodo del nostro, il diritto di obbligare il fondo vicino a ricevere le acque del nostro ec. Questi diritti di servitù non ci appartengono se non per causa del nostro fondo a cui è dovuta la servitù; sono diritti e *qualità* del fondo i quali non fanno con esso che una sola e medesima cosa. *Quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo*; *l.* 86, ff. *de verb. signif.*, e per conseguenza non può esservi dubbio che appartengano alla classe de' beni immobili come il fondo al quale sono inerenti.

Tale è parimenti un diritto di patronato reale inerente ad una delle nostre terre: imperciocchè, non v' ha dubbio che facendo una sola e medesima cosa con la terra da cui è inseparabile, appartenga com' essa alla classe de' beni immobili.

68. *Regola seconda.* I diritti che noi abbiamo sopra un fondo, che chiamasi *jus in re* o diritto fondiale, appartengono alla classe de' beni immobili, come il fondo che ne è lo stesso soggetto, e in cui abbiamo questo diritto.

Tali sono i diritti di signoria diretta che abbiamo sopra i fondi, che dipendono da noi come feudi o come censi, i diritti di decime, di terratico, i diritti di rendite prediali che abbiamo su i fondi che ne sono gravati, i diritti di servitù personale, che ci appartengono sopra i fondi come sono i diritti di usufrutto, di uso, ec.

La ragione è che il diritto, che noi abbiamo sopra un fondo, il *jus in re*, è in qualche modo il fondo stesso che viene riputato appartenerci in parte, in quanto al dritto che vi abbiamo, il quale è uno smembramento del dritto di dominio che ne ha il proprietario; questo dritto deve dunque seguire la natura del fondo, ed appartenere come esso alla classe de' beni immobili.

Lo stesso è dei dritti, che ci appartengono in un certo territorio, come i dritti di giustizia, di obbligare i sudditi ai nostri molini, di tributi ec.

69. *Regola terza.* I diritti di credito personale, che nascono dalla obbligazione che una persona ha contratto con noi di darci una cosa, e che chiamasi *jus ad rem*, sono riputati mobili o immobili secondo la natura della cosa dovuta che è l' oggetto del dritto di credito e nella quale questo diritto di credito deve risolversi, terminarsi e realizzarsi.

Quindi il credito di una somma di danaro, o di qualche altra cosa mobile, è un diritto mobiliare; all' opposto il credito, che io ho sopra un fondo o qualche altro immobile contro una persona che sia obbligata di darmelo, è un diritto immobiliare. Ciò si esprime con questo assioma: *Actio ad mobile, est mobilis; actio ad immobile, est immobilis.*

La ragione è, che in un diritto di credito si considera la cosa nella quale esso deve realizzarsi, cioè quella che il creditore ha diritto di sperare di acquistare dal debitore, in esecuzione dell' obbligazione di dargliela che egli ha contratta; ed in questo senso dicesi: *Qui actionem habet, ipsam rem habere videtur*; *l.* 15, ff. *de reg. jur.*

Si possono recare moltissimi esempj di questa regola: il contratto di vendita di un fondo ce ne fornisce uno. Il diritto di credito, che il venditore ha contro il compratore, è un diritto mobiliare, perchè esso tende a fargli acquistare una somma di danaro, che gli è dovuta per lo prezzo del fondo, la quale somma di danaro è una cosa mobile; è dunque *actio ad mobile* e per conseguenza un diritto mobiliare. Al contrario, il diritto di credito, che il compratore ha contro il venditore per farsi dare il fondo, è un diritto immobiliare; questo è l' *actio ad immobile*, poichè tende a fargli acquistare il fondo che è un immobile.

Quando io ho venduto ad un mercatante di legna degli alberi che sono in piedi nel mio fondo, il diritto di credito che questo compratore ha contro di me, e che nasce dalla obbligazione che io ho contratto verso di lui di lasciarglieli atterrare e portar via, è un diritto mobiliare; imperciocchè sebbene questi alberi in tempo del contratto fossero qualche cosa d'immobile, perchè facevan parte del fondo di terra da cui non erano ancora separati, nondimeno, non essendogli stato venduto il fondo, il suo diritto di credito tende a fargli acquistare gli alberi dopo che saranno stati separati dal fondo: ora,

tostochè ne sono separati, diventano mobili; il suo diritto di credito adunque non tende a fargli acquistare che de' mobili; è dunque un diritto *ad mobile* e per conseguenza un diritto mobiliare.

Per la stessa ragione, il diritto di credito che l' affittuale di un fondo ha contro il locatore, perchè glielo lasci godere, non è che un credito di un diritto mobiliare; imperciocchè il diritto di questo affittuale non tende a fargli acquistare il fondo, che gli è stato locato, ma tende solamente a fargli avere la facoltà di percepirne i frutti, e di acquistare i detti frutti colla percezione ch' ei ne farà: quindi questi frutti divenendo così mobili per la percezione che se ne fa, il suo diritto non tende se non a fargli acquistare qualche cosa di mobile: questa è *actio ad mobile*, e per conseguenza un diritto mobiliare.

Il diritto di un conduttore, che risulta da una semplice locazione, è molto differente da quello di un usufruttuario, di un enfiteuta, di un affittuale a lungo tempo; il diritto di questo è un diritto sul fondo *jus in re*, il quale, giusta la nostra seconda regola, è un diritto immobiliare; invece che il diritto di un conduttore non è se non un diritto di semplice credito personale. Ciò si scorge dalla legge *emptorem* 9, *Cod. loc.*, la quale decide che quando quegli che ha dato in affitto o ha venduto il suo fondo, non ha obbligato il compratore a mantenere la locazione, esso compratore non è obbligato a mantenerla e può espellere l' affittuale; al contrario coloro, che hanno un diritto sopra un fondo, possono reclamare il loro diritto in qualunque mano il fondo passi, sebbene l' acquirente non ne sia stato obbligato. Vedi il nostro *Trattato del Contratto di Locazione*, n. 288.

72. Il diritto di credito che risulta da una obbligazione di danni ed interessi, in cui si è convertita una prima obbligazione per causa della di lei inesecuzione, è un diritto mobiliare; imperocchè dovendo questi danni ed interessi liquidarsi e terminarsi in una somma di danaro, il credito di questi danni e interessi *tendit ad mobile*.

73. *Regola quarta*. Quando è dovuto un fondo con molte cose mobili, sebbene il fondo sia il principale oggetto del credito, nondimeno esso non è immobiliare se non rapporto al fondo, e rapporto alle cose mobili, che sono dovute, è mobiliare; quindi riguardo alle dette cose entra nella comunione legale. Per esempio, se poco prima del mio matrimonio mi fosse stato venduto un fondo con tutti i mobili che vi sono, di cui in tempo del matrimonio non mi fosse ancora stata fatta la tradizione, il credito, che risulta da questa vendita, è immobiliare soltanto rapporto al fondo; rapporto poi ai mobili, che mi sono stati venduti col fondo, è mobiliare; ed in tale qualità rapporto ai detti mobili entra nella comunione legale che io, ammogliandomi, ho contratto con mia moglie.

Ciò è conforme al principio poc' anzi citato, *qui actionem habet, ipsam rem habere videtur*. Se il mio credito fosse stato acquistato prima del matrimonio, se in tempo del matrimonio il fondo e i mobili che vi sono mi avessero di già appartenuto, il fondo solo sarebbe stato proprio della comunione: i mobili che vi si trovano sarebbero entrati nella comunione legale: il mio credito adunque deve entrarvi rapporto ai mobili, come se essi mi avessero di già appartenuto.

74. *Regola quinta*. Allorchè sotto un' alternativa sono dovute due cose, l' una delle quali sia immobile, e l' altra mobile, la qualità del credito è sospesa fino al pagamento; quindi esso è riputato essere stato immobile se è stato pagato l' immobile, e mobile se lo è stato il mobile. Per esempio, se alcuno mi avesse lasciato in legato una tal casa o la somma di dieci mila franchi, il credito che risulta da questo legato, che mi era dovuto in tempo del mio matrimonio, sarà riputato un credito mobiliare, che, come tale, è entrato nella comunione legale, se mi è stata pagata la somma di dieci mila franchi; al contrario, verrà riputato essere stato immobiliare, e per conseguenza proprio della comunione, se mi è stata data la casa.

Se il testatore, invece di lasciare la scelta all' erede gravato del legato, ne avesse lasciato la scelta a me, dipenderebbe dalla scelta ch' io facessi o della casa o della somma, che il cre-

dito fosse mobiliare o no, e quindi che esso fosse entrato nella comunione o no. Vedi il nostro *Trattato delle Obbligazioni*, *n*. 254.

Havvi luogo a qualche compenso in questo caso? *Vedi infra, part*. 4.

75. *Regola sesta*. Quando non sia dovuto che una cosa, quantunque con una facoltà accordata al debitore di darne un' altra in sua vece, la natura della cosa dovuta regola la qualità del credito, e non quella della cosa che è stata data invece. Per esempio, se alcuno mi ha fatto un legato in questi termini: *Lascio a titolo di legato a un tale la somma di dieci mila franchi, in pagamento della qual somma sarà permesso al mio erede di dargli una tal casa, che è del valore della detta somma*, il credito che risulta da questo legato, che mi è stato fatto, non è un credito alternativo della somma di dieci mila franchi o della casa; la somma è la sola cosa dovuta, e la casa, che può essermi data invece di essa, non mi è propriamente dovuta; essa non è *in obligatione*, ma solamente *in facultate solutionis*; quindi consistendo questo credito in una somma di danaro, che è la sola cosa dovuta, è un credito mobiliare, il quale, se non fosse ancora stato acquistato in tempo del matrimonio, entrerebbe in tale qualità nella comunione legale; e sebbene in seguito il debitore mi abbia dato la casa in pagamento di questo credito, giusta la facoltà che egli ne aveva, pure non lascerà di venir riputato essere stato un credito mobiliare; e la casa, che mi è stata data, apparterrà alla mia comunione come datami in pagamento di un credito che le apparteneva.

Parimenti se mi fosse stato fatto il legato in queste parole: *Io lascio a titolo di legato a un tale una tale casa, che il mio erede potrà ritenere pagandogli in vece la somma di diecimila lire*; il credito che risulta da questo legato non è alternativo; la casa sola è la cosa dovuta; la somma che l' erede può pagare in sua vece non è che *in facultate solutionis*; questo credito essendo adunque il credito di una casa, è immobiliare; e se non fosse ancora pagato in tempo del matrimonio, sarebbe un bene proprio di comunione; e se dopo il mio matrimonio l' erede mi pagasse invece la somma di diecimila lire, secondo la facoltà che gli è stata lasciata, io dovrei esser compensato di questa somma di diecimila lire come ricevuta in pagamento di un credito, che era una mia proprietà di comunione. Vedi il nostro *Trattato delle Obbligazioni*, *n*. 244.

76. *Regola settima*. Quantunque il credito di una somma di danaro o di altra cosa mobile sia accompagnato da un diritto d' ipoteca anche speciale sopra il fondo del debitore, pure non lascia di essere un diritto mobiliare, il quale come tale entra nella comunione legale.

Sebbene il diritto d' ipoteca, essendo un dritto sopra il fondo ipotecato, *jus in re*, considerato in se stesso, sebbene, dissi, potesse sembrare di natura immobiliare, pure, non essendo che un accessorio del credito personale al quale è attaccato, quando questo credito è mobiliare, il diritto d' ipoteca non può renderlo immobiliare; imperciocchè non è la cosa principale che deve seguire la natura dell' accessoria, è anzi l' accessoria che segue la cosa principale: *Accessorium sequitur principale*; onde ne viene che i crediti delle cose mobiliari, quantunque ipotecarii, non lasciano di cadere nella comunione legale come dritti mobiliari, e vi entrano con tutti i dritti d' ipoteca da' quali sono accompagnati, secondo la regola *accessorium sequitur principale*.

77. *Regola ottava*. Per giudicare se un diritto di credito personale sia mobiliare o immobiliare, e se esso debba in conseguenza entrare, o no nella comunione legale, non si considera che la cosa che ne è l' oggetto, cioè la cosa dovuta; e non si ha riguardo alcuno alla causa d' onde esso procede.

Questa massima è l' opposto di una che Lebrun ha azzardato nel suo *Trattato della Comunione*, *lib*. 1, *cap*. 5. Questo autore dice che il credito di una somma il danaro, che appartiene ad uno de' conjugi in tempo del loro matrimonio, non entra nella comunione legale quando ha per causa il prezzo di qualche immobile, di cui questo

conjuge avesse disposto prima del suo matrimonio; perchè questa somma rappresenta in certa maniera il fondo che non sarebbe entrato nella comunione, se non ne fosse stato disposto.

Secondo questo principio, Lebrun decide che quando un conjuge abbia venduto un fondo prima del suo matrimonio, il credito del prezzo, che gli è dovuto, non deve entrare nella comunione. Per lo stesso principio egli decide che il credito, che uno dei conjugi in tempo del suo matrimonio avesse contro il suo tutore, per causa de'suoi capitali fruttiferi, che sono stati dai debitori rimborsati al tutore, non entra in comunione.

Egli decide ancora, appoggiato al medesimo principio, che il credito di una somma dovuta ad un conjuge in tempo del suo matrimonio per compenso di una divisione d' immobili ch' egli avesse fatta co' suoi coeredi prima del suo matrimonio, non entra in comunione. Lebrun per istabilire il suo principio si fonda su ciò che si osserva riguardo al passivo della comunione, in cui qualche volta si ha effettivamente riguardo alla causa d' onde procede il debito passivo di un conjuge, per decidere se la comunione debba essere gravata, come lo vedremo più sotto, *Sez. II*; ma non se ne può tirare conseguenza per l' attivo, come lo faremo vedere in detto luogo.

Questo principio di Lebrun viene contradetto dal suo commentatore che cita una sentenza colla quale, contro il principio di Lebrun, è stato giudicato che il credito di una somma di danaro dovuta ad un conjuge per compenso di una divisione d'immobili fatta prima del matrimonio, era entrata nella comunione legale; questa decisione è riportata da Louis sopra l'*articolo* 254 dello Statuto del Manese. Renusson nel suo *Trattato della Comunione*, *part.* 1, *cap.* 3, *n.* 15, riporta la stessa sentenza e ne segue la decisione.

Nello stabilire la falsità del principio di Lebrun, noi stabiliamo la nostra ottava regola, la quale altro non è che la proposizione contradittoria di questo principio.

78. *Regola nona.* Il credito di una somma di danaro, che ha un conjuge quando si marita, non lascia di cadere nella comunione legale, sebbene sia un bene proprio fittizio nel caso della sua successione.

Questa regola è fondata sul principio che le finzioni non hanno effetto, se non nel caso pel quale sono stabilite, *fictio non operatur ultra casum*; in conseguenza i crediti di somme di danaro, o altri diritti mobiliari che per qualche caso hanno la qualità di proprio fittizio, fuori del caso di questa finzione, vengono considerati per quello che sono in realtà, e per conseguenza come dritti mobiliari, i quali, in quella qualità, devono entrare nella comunione legale.

Si può recare per primo esempio di questa regola il credito di una somma dovuta ad un minore per lo prezzo della sua parte in un fondo ch'egli ha licitato co' suoi coeredi; quantunque questo credito, se trovasi nella eredità del defunto minore, secondo il principio dell'*art.* 94 dello Statuto di Parigi, dovesse esservi riguardato come una proprietà della linea da cui procedeva il fondo licitato, ed appartenere all' erede de' beni proprj di questa linea, in esclusione dell' erede dei mobili; pure, fuori del caso della successione di questo minore, che è il solo caso per cui sia stata stabilita la finzione, questo credito deve considerarsi tal quale è in realtà, cioè come credito mobiliare; e perciò allorchè il minore si ammoglia, questo credito, in tale qualità di mobiliare, deve entrare nella comunione legale.

79. Si può arrecare per secondo esempio il credito d' una somma di danaro dovuta ad un figlio nella sua qualità di erede di sua madre per la ripresa de' suoi danari dotali, stipulati proprii, nel suo contratto di matrimonio, per lei, pe' suoi e per quelli della sua linea. Sebbene questo credito sia un bene proprio fittizio convenzionale pel caso della successione di questo figlio, ad effetto che, se questo credito si trovi nella sua eredità, gli eredi dei beni proprj materni vi debbano succedere, come ad una proprietà materna ad esclusione del padre erede de'mobili, pure ciò non impedisce che il credito, fuori del caso della finzione, sia considerato tale quale è in realtà, cioè un dritto mobiliare, il quale in con-

gli è stato venduto, si fa parimenti senza diminuire il principale di questo credito, che non cessa di essere un bene mobile.

La risposta è, che vi ha una grande differenza tra una rendita costituita e il credito di una somma esigibile, che produca interessi; ciò che fa il principale di questa è la somma principale, che è dovuta, di cui gl' interessi non sono che accessorj: quindi avendo questo credito per oggetto principale una somma di danaro, che è dovuta, *tendit ad mobile*, ed è per conseguenza un bene mobile secondo la terza regola stabilita di sopra. Non si può allo stesso modo dire che il principale di una rendita costituita sia il credito di una somma di danaro distinta dalle annualità della rendita; perchè non si può dire che la rendita sia il credito della somma per la quale è stata costituita, e colla quale può essere redenta. Il credito di una somma è il dritto di esigerla, ma il creditore di una rendita costituita, non avendo dritto di esigere la somma per la quale può esser redenta, ne viene che la detta rendita non è il credito di questa somma; essa non è che *in facultate exitionis*; essa è l' oggetto di un diritto che il debitore ha di liberarsi dalla rendita col pagamento di questa somma, e non è oggetto di alcun dritto per parte del creditore: il diritto adunque, che fa il principale di una rendita costituita, non ha per oggetto alcuna somma di danaro nè veruna altra cosa, che renda mobiliare la natura di questo dritto: questo non è altro che un ente morale, il quale produce le annualità, che ne sono i frutti civili, in cui somiglia ai fondi, che com' esso producono una rendita annua e perpetua, e che non differisce se non in ciò che esso è un ente morale, e i fondi sono un ente fisico.

Lo Statuto di Parigi ha abbracciato quest' ultima opinione; esso dice, *art.* 94: *Le rendite costituite a prezzo di danaro sono riputate immobili finchè sieno redente.*

Era inutile di aggiungere *finchè sieno redente:* imperciocchè una rendita costituita cessando di esistere quando viene redenta, è evidente che non può più essere immobile, non essendo il nulla suscettibile di alcuna qualità; e non è meno evidente che i danari, i quali prevengono dall'estinzione, sieno mobili.

Purchè una rendita costituita sia immobile, non è d' uopo che sia accompagnata da ipoteca o no, nè con qual sorta di atto sia stata costituita; dessa non lascia di essere riputata immobile, sebbene sia stata costituita con una semplice privata soscrizione; lo Statuto riguardo a ciò non fa alcuna distinzione.

82. Il principale della rendita è ciò che lo Statuto dichiara immobile, cioè quell' ente morale distinto nell' intelletto dalle annualità ch' egli produce. Queste sono mobili a misura che nascono, e nascono tutti i giorni, e tutti i giorni formano un credito mobiliare della trecentosessantesimaquinta parte della somma, che è dovuta per ciascun anno, salvo che nell' anno bisestile il giorno intercalare non è contato. È vero che queste annualità di ciascun giorno non sono esigibili se non nell' ultimo giorno in cui deve pagarsi la rendita; ma quantunque non sieno ancora esigibili, non lasciano di esistere, e di essere dovute; quindi allorchè il creditore di una rendita si ammoglia, tutto ciò che ne è maturato fino al giorno della benedizione nuziale entra come mobile nella comunione legale, sebbene non fosse ancora scaduto il termine del pagamento. Riguardo a quelle che sono da scadere, a misura che nasceranno finchè durerà la comunione, vi entreranno non solamente come mobili, ma come frutti.

83. Sebbene il principale di una rendita costituita sia diventato esigibile *ex accidenti, puta*, per la spropriazione di qualche fondo ipotecato alla rendita, o per la mancanza del debitore di avere eseguite le clausola del contratto di costituzione, la rendita non lascia di continuare ad essere immobile; nè osta che i crediti esigibili di una somma di danaro sieno cosa mobile secondo la terza regola; imperciocchè la rendita non è per ciò *in se* che il credito di una somma di danaro esigibile, essa non cessa di essere *in se* che il credito di

una rendita; soltanto *ex accidenti et ex causa extrinseca*, il creditore della rendita ha diritto di costringere il debitore a redimerla ed a pagargli la somma per cui è stata costituita.

Si insisterà e si dirà: io accordo che in questo caso la rendita *in se* continui ad essere immobile; ma il diritto, che ha il creditore di esigere il rimborso della somma per la quale la rendita è stata costituita, è un diritto che è ne' suoi beni, e che, secondo la terza regola, è un diritto mobiliare, poichè *tendit ad mobile*; questo diritto adunque, nella sua qualità di bene mobile, deve cadere nella comunione legale del creditore cui esso appartiene, e così la rendita cadrà indirettamente nella comunione legale.

Io rispondo che questo diritto, che ha il creditore di esigere il rimborso della sua rendita, essendo un diritto, che non ha se non a cagione della rendita, ed essendo un accidente ed un accessorio della rendita, non devesi esaminare quale sia la natura di questo diritto considerato *in se*; ma basta che questo sia un diritto, che il creditore non abbia se non a causa della sua rendita, e che ne sia un accessorio, perchè non possa entrare nella comunione legale del creditore, se non in quanto vi entrerebbe la rendita secondo la regola, *accessorium sequitur principale*.

84. Lo Statuto di Orleans, *art.* 191 e 351, sulla natura delle rendite costituite ha seguito la disposizione dello Statuto di Parigi. La giurisprudenza l' ha adottata per gli Statuti, che non se ne sono spiegati. Si è tanto più volentieri portato ad abbracciar questa opinione, in quanto chè queste rendite sono divenute comunissime, e compongono tutto il patrimonio di molte famiglie.

Vi sono nondimeno molti Statuti, i quali pongono le rendite costituite nella classe de' beni mobili, come Reims, *art.* 18, Troyes, *art.* 66, ec.; alcuni le riguardano come immobili quando sono state realizzate, assicurate, ed ipotecate con ipoteche di fatto. *Chauny, art.* 6.

Non è fuor di proposito osservare, che sebbene lo Statuto di Blois sembri essere del numero di quelli che mettono le rendite costituite nella classe de' beni mobili, dicendo all'*art.* 157: « Le rendite prediali e mobili sono riputate come i fondi. . . . meno che le dette rendite fossero redimibili, nel qual caso fintanto che durerà la facoltà di riscatto saranno riputate e si divideranno come mobili ». Nondimeno gli avvocati e procuratori di Blois, di Châteaudun e di altre città rette da questo Statuto, attestano che questa disposizione del loro Statuto non è osservata, e che le rendite costituite, sebbene non possano costituirsi senza facoltà di perpetua redenzione, pure sono riputate immobili egualmente che nello Statuto di Parigi. Questa inosservanza dell' *artic.* 157 dello Statuto di Blois è antichissima, mentre Tronçon nel suo Commentario sullo Statuto di Parigi, stampato nell'anno 1662, sull'*art.* 94, attesta parimenti di aver sentito dire la stessa cosa dagli uffiziali di Blois.

85. Poste le diversità degli Statuti sulla natura delle rendite, quello del luogo del domicilio del creditore deve decidere se debba riputarsi mobile o immobile; imperciocchè una rendita costituita, essendo un dritto personale e che non ha alcuna situazione, non può essere retta se non da una legge, che regge la persona a cui appartiene.

Questo principio soffre una eccezione riguardo alle rendite dovute dal re. Si è attribuito a queste rendite una finta situazione, cioè il luogo in cui è stabilito l' uffizio del pagamento delle annullità delle rendite, e sono in conseguenza rette dalla legge del luogo in cui è situato l' uffizio; così le rendite dell' *Hôtel-de ville* di Parigi, conformemente allo Statuto di Parigi, sono riputate beni immobili, quando anche i creditori, a cui appartengono, avessero il loro domicilio in un luogo la di cui legge riputasse mobili le rendite.

Le altre rendite sono rette dalla legge del domicilio del creditore; quando anche esse fossero assegnate con una speciale ipoteca, sopra qualche fondo, non sarebbe in questo caso la legge del luogo in cui il fondo è situato, e sopra il quale è ipotecata

la rendita, che la reggerebbe, mentre non è che un accessorio di essa.

Non si considera neppure quale sia la legge del domicilio del debitore; perchè non essendo la rendita un bene se non nella persona del creditore a cui appartiene, soltanto la legge, la quale regge la persona del creditore, deve regolare se sia un *bene mobile* o un *bene immobile*.

86. Le rendite costituite essendo mobili o immobili secondochè la legge del luogo del domicilio del creditore a cui appartengono le reputa mobili o immobili, cosa devesi decidere quando una rendita appartiene a più persone, delle quali le une dimorino sotto uno Statuto, che le reputa mobili, le altre sotto uno Statuto, che le reputa immobili? Essendo le rendite diritti divisibili, non vi è alcuno inconveniente a decidere, che in questo caso la rendita sarà riputata immobile per le parti di quei proprietarj, che vivono sotto Statuti, che le reputano immobili, e che sarà riputata mobile per le parti di quelli, che vivono sotto Statuti, che le reputano mobili.

87. Quando la proprietà di una rendita costituita appartiene ad una persona e l'usufrutto ad un'altra, la legge del domicilio del proprietario regola la natura della rendita; nè deve considerarsi quella del domicilio dello usufruttuario; quindi se un Parigino ha l'usufrutto di una rendita, di cui la proprietà appartenga ad una persona domiciliata sotto lo Statuto di Reims, che le reputa mobili, il diritto di usufrutto che ne ha il Parigino non è che un dritto mobiliare; *vice versa*, se il Parigino fosse il proprietario ed il Remese l'usufruttuario, il dritto di usufrutto sarebbe un diritto immobiliare.

88. Allorquando il creditore di una rendita costituita trasferisce il suo domicilio da un luogo la di cui legge reputa mobili le rendite, in un altro luogo di cui la legge le reputi immobili, la rendita costituita cambia di natura, e da mobile che era diventa immobile. Bisogna decidere la stessa cosa *viceversa*.

Osservate che quando una rendita in qualità di mobile è entrata nella comunione legale del creditore, il quale in tempo del suo matrimonio aveva il suo domicilio sotto uno Statuto, che le reputa mobili, questa rendita continua a rimanere in questa comunione sebbene sia divenuta immobile per la traslazione del domicilio del creditore, non dovendo essere in potere del marito di privare la sua comunione di un bene da essa acquistato cambiando di domicilio.

Viceversa, se il creditore della rendita in tempo del suo matrimonio aveva il domicilio sotto uno Statuto che reputa immobili le rendite, non entrerà la rendita nella comunione, sebbene durante il matrimonio sia divenuta mobile per la traslazione del domicilio del creditore sotto uno Statuto che reputa mobili le rendite; diversamente questo creditore colla traslazione di domicilio vantaggerebbe a sue spese la comunione e l'altro conjuge, il che non deve esser permesso.

89. Quando un Parigino va a prender moglie in una provincia, la cui legge reputa mobili le rendite, *puta*, a Troyes, e ch'ei la sposi senza far contratto di matrimonio, con intenzione di condurla a Parigi, le rendite, che appartengono a questa donna, cadono esse nella comunione legale? No; imperciocchè, sebbene le rendite che appartengono a questa donna fossero, prima del matrimonio, beni mobili, secondo lo Statuto di Troyes dal quale sono stati retti fino al momento delle nozze la sua persona ed i suoi dritti personali; così dopo il matrimonio hanno cessato di esserlo e sono divenute immobili secondo lo Statuto di Parigi, e non hanno potuto in conseguenza cadere nella comunione legale che ha cominciato in questo tempo. La ragione è che, essendo la donna da questo istante passata sotto la podestà del marito, ha cominciato da questo momento ad avere per domicilio quello di suo marito; quindi la sua persona e i suoi diritti personali, come sono le sue rendite, hanno cessato da questo istante di esser rette dallo Statuto di Troyes ed han cominciato ad esserlo da quello di Parigi.

Viceversa: quando un abitante di Troyes viene a prender moglie a Parigi per condurla a Troyes le rendite

di questa Parigina, al momento del suo matrimonio, diventano beni mobili, ed in questa qualità entrano nella comunione legale che si forma in quel tempo; perchè da questo istante la donna co'dritti annessi alla sua persona diviene sottomessa alla legge di Troyes, che è quella del domicilio di suo marito, il qual domicilio, mediante il suo matrimonio, è anco divenuto il suo.

90. Passiamo alle rendite vitalizie: negli Statuti in cui le rendite costituite, sebbene perpetue, sono riputate mobili, le vitalizie lo sono a più forte motivo. Soltanto negli Statuti, che reputano immobili le rendite costituite che sono perpetue, può esservi questione se le vitalizie vi sieno un bene immobile o mobile. Ecco le ragioni, che si arrecano da una parte e dall'altra.

Coloro, che sostengono esser mobili le rendite vitalizie, dicono che la principale ragione, che ha fatto considerare le rendite perpetue come un ente morale distinto dall'annualità che produce e come immobile è, perchè le annualità si percepiscono senza diminuire nè alterare la sua integrità; ma non è la stessa cosa di una rendita vitalizia; questa si consuma in parte a misura che passano gli anni della vita della persona a cui favore è costituita, e che se ne percepiscono le annualità; e finalmente si estingue del tutto colla morte di questa persona e colla percezione annuale dell' ultimo anno della sua vita; sono adunque queste annualità, che formano tutto il fondo e l'essere intiero della rendita vitalizia, le quali in conseguenza non sono che il credito di altrettante somme di danaro quanti saranno gli anni di vita della persona su la cui testa è costituita la rendita, ed in conseguenza un credito mobiliare e un bene mobile

Coloro, che sostengono enti immobili le rendite vitalizie, dicono che gli Statuti, i quali dichiarano immobili le rendite costituite, le reputano tali per una finzione, che suppone in queste rendite un ente morale ed intellettuale distinto mentalmente dalle annualità che esse producono, sebbene queste rendite, come anche quelle, che sono perpetue, non sieno, a vero dire, altro che il credito delle annualità, che decorrono fino a che sieno redente: ora questa finzione si applica parimenti alle rendite vitalizie; si può parimenti fingere e supporre in queste rendite un ente morale ed intellettuale, distinto mentalmente dalle annualità che sono riguardate come i frutti civili delle dette rendite, il quale ente intellettuale non differisce da quello che si suppone nelle rendite perpetue, se non in ciò che questo è un ente perpetuo, il quale deve sempre sussistere fino a che sia redento, mentrechè quello, che si suppone nelle rendite vitalizie, è un ente peribile la di cui durata è limitata al tempo della vita della persona su cui sono costituite le rendite. Di più la finzione, che suppone nelle rendite un ente distinto dalle annualità che esse producono, non è meno applicabile alle vitalizie che alle perpetue. Lo Statuto di Parigi col dichiarare immobili le rendite vitalizie costituite a prezzo di danaro non ha ristretto la sua disposizione alle rendite perpetue; esso non ha detto, *le rendite costituite a prezzo di danaro quando sono perpetue vengono riputate immobili*; esso ha detto semplicemente ed indistintamente, *le rendite costituite a prezzo di danaro sono riputate immobili*; il che comprende tanto le vitalizie quanto le perpetue: *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

Con decisione del 4 agosto 1729, riportata da Denisart su la parola *comunione*, n. 84, è stato giudicato, che le annualità di una rendita vitalizia, che appartenevano all'uno de'conjugi, erano cadute nella comunione come frutti di questa rendita: ciò che conferma l'opinione che le rendite vitalizie debbono considerarsi come un ente morale distinto dalle annualità, che produce, e della classe dei beni immobili.

91. *Regola undecima* Gli uffizj sono riputati un bene immobile.

Vi sono tre specie di uffizj: la prima specie è di quelli, che sono in piena disposizione del re, a'quali non è annessa alcuna finanza, come sono i governi, gli uffizj de' commensali della casa del re: tali uffizj non sono *in bonis*; perciò non può aver luogo la

quistione riguardo a questi uffizj se sieno beni mobili o immobili, mentre non sono *in bonis* di colui, che ne è rivestito.

92. La seconda specie è quella degli uffizj venali, come sono quelli di giudicatura, tanto delle corti superiori, quanto de' tribunali inferiori; gli uffizj di finanze, come quello di un ricevitore d'imposte; gli uffizj de' procuratori, degli uscieri, ec.

Osservate che in questi uffizj si considerano due cose: 1.° il diritto di esercitare una certa pubblica funzione, che l'uffizio conferisce alla persona che ne è rivestita; 2.° la finanza inerente allo uffizio. Il diritto di esercitare la funzione pubblica non è in commercio, e però non è il soggetto della questione.

La finanza dell'uffizio consiste in una somma di danaro, che è stata pagata al re pe' bisogni dello stato in tempo della di lei istituzione, e di cui è stata dall' uffiziale del tesoro reale spedita una ricevuta, che chiamasi *ricevuta di finanza di uffizio*.

A questa finanza è inerente il diritto che ha colui, che l'ha pagato, o quegli che ha i di lui diritti, di presentarsi (o altra persona in di lui vece) al re per esser provveduto dell' uffizio; nondimeno il re non è obbligato ad accordare provvisioni alla persona, che gli è presentata; può negarle senza essere obbligato di dire le cause della sua negativa, salvo al proprietario di presentare un'altra persona. Quando il re non abbia alcuna causa di negarle, accorda le provvisioni dell'uffizio alla persona, che gli è presentata, sotto la condizione che ne sarà giudicata capace dalla corte o giurisdizione cui sono dirette le provvisioni. Allorchè in virtù di un esame questa persona sia stata trovata capace, viene ricevuta nell'uffizio. Per riguardo a questa finanza, gli uffizj venali sono in commercio e sono un bene de' particolari, che gli acquistano. Essendo questa specie di beni straordinarissima, era incerto a quale delle due classi si dovesse assegnare, se a quella de' beni mobili o a quella degl'immobili; si è determinato di metterle in quella dei beni immobili. Lo Statuto di Parigi, *art.* 95, ne contiene una disposizione: esso dice, l'*uffizio venale è riputato immobile*. Lo Statuto di Orleans, *art.* 485, dice pure la stessa cosa.

Questi Statuti dichiarando immobili gli uffizj, avevano però lasciato ai medesimi qualche cosa che avea della natura de' mobili, dicendo che quando erano venduti per decreto, dovevasene distribuire il prezzo per contributo come ne' beni mobili, ma l'editto del mese di marzo 1683, ha reso immobili gli uffizj riguardo a tutti gli effetti, ordinando che il prezzo si distribuirebbe per ordine d'ipoteca come quello degli immobili.

93 Osservate che vi sono certi uffizj, come quelli di notajo, di procuratore, o avvocato a' quali è ordinariamente annessa la pratica.

Si dà il nome di *pratica* a tutti i crediti dello studio, cioè i crediti di notajo per gli atti che sono stati da esso rogati, quelli di procuratore per le cause che ha trattate.

Sebbene quando si ammoglia l'uffiziale, il suo uffizio, essendo un bene mobile, non entri nella comunione legale, la *pratica* non lascia di entrarvi, perchè essendo composta di differenti crediti di somme di danaro contro varj particolari, è un bene mobile.

Si opporrà forse che la pratica di un uffizio ne è un accessorio che deve seguire l'uffizio. Si risponde esser falso che la pratica di un uffizio ne sia un puro accessorio. È un bene che è distinto dall'uffizio, poichè ne è separato e si può vendere l'uffizio ad una persona la pratica ad un'altra.

94. La terza specie di uffizj è di quelli che si chiamano *demaniali*, perchè appartengono al demanio del re, e sono stati attribuiti mediante una certa finanza; essi consistono nel diritto, che ha il proprietario di quest'impiego di esercitare questa funzione o da se medesimo, se ne è capace, facendosi ricevere in uffizio, o col mezzo di un commesso, che gli fa ricevere ed a cui dà in affitto l'uffizio, o che gli rende conto come subalterno. La maggiore parte delle Cancellerie sono uffizj di questa natura. Questi uffizj sono anche riputati immobili.

95. *Regola duodecima*. I privilegj di parrucchiere sono una specie di beni immobili. Questa regola è fondata sulla somiglianza di questa specie di beni con gli uffizj.

Il re, ne' bisogni dello Stato, ha stabilito in ciascuna città un certo

numero di privilegj di parrucchiere mediante una certa imposta che è stata pagata da quelli, che gli hanno acquistati: questi privilegj non sono uffizj, perchè non vi è annessa alcuna pubblica funzione; ma in quanto alla loro natura di beni rassomigliano agli uffizj, in ciò che questa specie di beni, al peri degli uffizj, consiste in un pagamento di finanza, che è in commercio e che dà a quelli, che ne sono proprietarj, il dritto di farsi ricevere essi stessi, o in loro vece un'altra persona che esse crederanno a proposito, in qualità di maestro parrucchiere nella città in cui è stabilito il privilegio, ed esercitarvi il mestiere ad esclusione di tutti gli altri, purchè abbiano le qualità richieste ed abbiano imparato l' esercizio di tale arte.

§ 3. *Delle eccezioni che soffre il principio il quale fa entrare, nella comunione legale, tutti i mobili di ciascun conjuge.*

96. *Prima eccezione.* Tutte le cose, ancorchè mobili, le quali durante il matrimonio pervengono ad uno dei conjugi da'suoi fondi o da altro immobile proprio della comunione, senza esserne frutti, non entrano nella comunione legale.

La ragione di questa eccezione è, che non è permesso ad un conjuge di vantaggiare ed aumentare, durante il matrimonio, la comunione a spese e con diminuzione de'suoi beni proprj, perchè con questo mezzo vantaggerebbe indirettamente l'altro conjuge; il che non permettono le leggi le quali vietano tutti i vantaggi diretti o indiretti tra i conjugi durante il matrimonio.

Si può arrecare per primo esempio della nostra eccezione il caso in cui un marito abbia fatto atterrare degli alberi di alto fusto sopra il suo fondo o sopra quello di sua moglie, durante il matrimonio; non essendo questi alberi *in fructu*, *l.* 11, *ff. de usufr*, nè essendo riputati far parte de'frutti e delle rendite del fondo, non entrano nella comunione legale, quantunque sieno diventati mobili per la loro separazione dal suolo; ma siccome provengono da un fondo proprio senza esserne frutti, così appartengono come beni proprj a quel conjuge sul fondo di cui sono stati tagliati, il quale può in tempo della dissoluzione della comunione o riprenderli in natura, se non n' è stato disposto, o se fossero stati venduti esigerne il prezzo su i beni della comunione, che lo ha ricevuto.

Sarebbe diversa la cosa, se gli alberi fossero stati tagliati prima del matrimonio; l'eccezione concerne soltanto i mobili che sono provenuti da qualche fondo di un conjuge *durante il matrimonio*; avendo questi alberi appartenuti al conjuge prima del matrimonio, ed essendo cose mobili quando si è contratto il matrimonio, non sono nel caso dell'eccezione, ed entrano nella comunione legale in qualità di beni mobili, considerata la loro origine.

Diversa è la cosa di un taglio di boschi cedui, che siasi fatto durante il matrimonio; essendo questo taglio *in fructo*, entra nella comunione legale in qualità di frutti.

97. Si possono addurre per secondo esempio le pietre cavate da una cava aperta nel fondo proprio di uno de'conjugi, durante il matrimonio.

I giureconsulti romani riguardo a questo facevano una distinzione; essi credevano che vi fossero delle cave in cui le pietre rinascessero a misura che se ne cavavano, come nelle Gallie e nell' Asia: essi decidevano che la pietra, la quale si cavava da queste cave, era un frutto del fondo; ma che nelle altre cave in cui la pietra non rinasceva non doveansi le pietre considerare come un frutto del fondo, ma piuttosto come una parte del fondo stesso, che ne era in proporzione diminuito; quindi, ad eccezione delle cave in cui la pietra rinasce, i marmi, che il marito avesse cavato da una cava aperta sul fondo dotale di sua moglie, durante il matrimonio, non appartenevano al marito come frutto, ma facevano parte della dote; *l.* 7, § 13; *l.* 8, *ff. sol. matr. l.* 18, *ff. de fund. dot.* Osservate che nella legge 7, § 13, bisogna seguire la correzione di Antonio Fabro, e leggere *Marmor non est mariti, et impensa est ei praestanda.*

Io lascio decidere ai naturalisti se vi sieno effettivamente cave in cui la pietra rinasca in luogo di quella, che è stata cavata; è certo però che non è cosa ordinaria; quindi devesi riguardare come una legge generale che le pietre cavate da una cava aperta durante il matrimonio, sul fondo proprio di uno de' conjugi, non debbano considerarsi come frutti di questo fondo, che appartengano alla comunione, ma come cose che facevano parte del fondo da cui sono state cavate, il quale ne è stato diminuito di altrettanto.

Sebbene la pietra non rinasca, pure vi sono alcune cave così ricche ed abbondanti che sono riguardate come in qualche modo inesauribili. Se queste cave erano stabilite sul fondo proprio dell' uno de' conjugi, prima del matrimonio, e da quel tempo le pietre, che vi si cavavano, fossero considerate come facenti la rendita del fondo, che non fosse atto a produrre altro; in questo caso le pietre, che si caverebbero, durante il matrimonio, potrebbero considerarsi come una rendita e frutti del fondo, e dovrebbero in questa qualità appartenere alla comunione.

98. Si può arrecare per terzo esempio dell' eccezione, il caso in cui si fosse trovato un tesoro nel fondo proprio dell' uno de' conjugi, durante il matrimonio. Sebbene questo tesoro sia una cosa mobile, pure il terzo, che appartiene al conjuge nella sua qualità di proprietario del fondo, non deve entrare nella comunione, perocchè è qualche cosa, che gli è provenuta dal suo fondo proprio, senza esserne un frutto.

Riguardo al terzo, che vi appartenesse all' uno de' conjugi nella sua qualità di signore di alta giurisdizione, come essendo stato trovato nel territorio di sua pertinenza, questo terzo appartiene alla comunione, come frutto del suo diritto di giustizia.

Non vi ha dubbio che il terzo, il quale, *jure inventionis*, appartiene al conjuge, che lo ha trovato, appartenga alla comunione, come tutte le cose che ciascun conjuge acquista, essa durante.

99. *Seconda eccezione*. Le cose mobili, le quali durante la comunione vengono sostituite a qualche proprietà di comunione di uno de' conjugi, sono parimenti proprietà di comunione di questo conjuge.

Si può arrecare per esempio il caso in cui il fondo proprio di un conjuge sia stato venduto durante la comunione. Sebbene il credito del prezzo, che ne è dovuto al conjuge, che lo ha venduto durante la comunione, sia un bene mobile di lui, pure questo credito non appartiene alla comunione; perchè esso, durante la medesima, è stato sostituito al suo fondo proprio colla vendita, ch' egli ne ha fatta e che gliene tiene luogo.

100. Bisogna dire lo stesso del credito di una somma di danaro dovuta ad un conjuge per compenso di divisione di una successione di stabili, che un conjuge avesse fatta co' suoi coeredi durante la comunione. Questo credito, quantunque mobiliare, non entra in comunione, essendo provenuto a questo conjuge dal dritto, ch' egli aveva ad una successione d'immobili, che era un diritto immobiliare.

Questo è il parere di Lebrun, che viene mal a proposito contraddetto da Bourjon, il quale pretende che questo compenso in danaro debba cadere nella comunione senza che il conjuge possa averne alcuna ripresa; egli si fonda sul motivo, che avendo le divisioni un effetto retroattivo nella nostra giurisprudenza, si reputa che questo conjuge sia succeduto direttamente a' soli immobili toccati in sua porzione e al compenso in danari cui è tenuto il suo coerede verso di lui; che questo compenso in danari essendo in se stesso una cosa mobile, nè potendo tenergli luogo di alcun immobile ch' egli abbia avuto, non essendo succeduto se non a quelli toccati in sua porzione, questo compenso deve cadere nella comunione. La risposta è, che questo compenso non è un semplice bene mobiliare della eredità, a cui si possa dire che il conjuge sia succeduto; non può dirsi che sia un bene della eredità, poichè essa era tutta immobiliare, e che non già dalla borsa della eredità ma dalla borsa particolare del coerede, che ne è tenuto, deve prendersi questo compenso. Questo

compenso deve dunque passare per un credito contro il suo coerede, mobiliare per verità, ma che gli tien luogo, non di certi immobili determinati, non essendo succeduto se non a quelli che gli son toccati, ma di un diritto immobiliare indeterminato, poichè esso gli tien luogo di ciò, che mancava alla sua porzione per eguagliare il suo diritto ad una successione immobiliare. Questo credito gli è provenuto durante il matrimonio da un dritto ch'egli aveva ad una successione immobiliare, e per conseguenza da un diritto immobiliare; esso deve dunque, secondo il nostro principio, essere escluso dalla comunione, sebbene sia mobiliare in sè stesso.

Non è così quando nella divisione di una eredità composta di mobili ed immobili sieno toccati nella porzione del conjuge assai più mobili in proporzione che immobili; contuttociò il mobile che gli è toccato cade nella comunione senza che egli possa averne alcuna ripresa; non si può dire in questo caso, che i mobili che ha avuti nella sua porzione più dell' ammontare della sua parte nel mobiliare della successione, gli tengan luogo e sieno sostituiti a ciò, ch'egli ha avuto di meno nella massa immobiliare: i mobili e gli immobili di questa successione non compongono che una stessa eredità in cui si reputa che il conjuge non abbia giammai avuto dritto se non alle cose toccate in sua porzione, colle quali è soddisfatto di tutta la sua parte ereditaria; non si può dunque dire, in questo caso, che quel mobile toccatogli in parte gli tenga luogo di qualche dritto immobiliare, nè per conseguensa si può escluderlo dalla comunione.

101. Osservate che non seguiamo interamente l'opinione di Lebrun, il quale esclude dalla comunione il credito di una somma di danaro, che l' uno de' conjugi abbia per lo prezzo della vendita di un fondo, o per un compenso di divisione d' immobili, sia che la vendita o la divisione sieno state fatte prima o dopo il matrimonio: noi pensiamo, al contrario, che questi crediti non sono esclusi dalla comunione, se non nel caso in cui la vendita o la divisione fosse stata fatta durante la comunione: imperciocchè in tal caso questo credito mobiliare è provenuto da una proprietà della comunione, essa durante, alla quale viene surrogato e di cui tien luogo: ma quando la vendita del fondo o la divisione sono state fatte prima del matrimonio, allora il credito della somma di danaro, che il conjuge avea nel maritarsi, sebbene sia pel prezzo di un fondo, entra nella comunione, come lo abbiamo veduto *supra*, *n.* 77. Le stesse ragioni non hanno luogo in questi due casi: non si può dire che il credito del prezzo di un fondo, che il conjuge ha venduto prima del matrimonio, provenga da un bene proprio di comunione, non essendo giammai stato nè avendo potuto essere proprio di comunione questo fondo, che non apparteneva più al conjuge quando si è maritato.

102. *Terza eccezione*. Le somme di denaro ed altre cose mobili, che sono state donate o legate ad un conjuge, sia prima sia dopo il matrimonio, non entrano nella comunione legale quando fossero state donate o legate colla clausola, che appartenessero in proprietà al donatario o legatario.

La ragione è, che è in potere del donante di apporre alla donazione tali condizioni o restrizioni come gli parrà bene: *Unicuique licet quem voluerit modum liberalitati suae apponere*. Dal che viene, che le cose donate ad un conjuge non possono entrare nella comunione di beni in cui esso è con l' altro conjuge, quando sono state donate colle riserva che non vi entrassero; ciò che il donante ha bastantemente fatto capire, dicendo che le donava a condizione fossero proprj del donatario. *Vedi* ciò che diremo *infra* sopra questa clausola.

103. *Quarta eccezione*. Ciò che un minore, il quale si ammoglia *de suo*, ha in beni mobili più del terzo della universalità di tutti i suoi beni, non entra in comunione legale.

La giurisprudenza delle corti ha fatta questa eccezione. Le sentenze riportate da Louet, *let.* M, *n.* 10, hanno giudicato che i beni mobili, che il minore col contratto di matrimonio ha conferiti nella comunione convenzionale, fossero riducibili al terzo

dell' universalità de' suoi beni, e che il minore possa di pieno dritto farsi restituire in intiero contro il consenso, sebbene formale, che egli avesse prestato ad arrecarvene una così eccessiva quantità. I beni mobili di un conjuge, che entrano nella comunione legale, non vi entrano se non col consenso tacito del conjuge, in potere di cui era di escluderli con una convenzione di realizzazione. Allorchè il minore, i di cui beni consistono in tutto o in gran parte in mobili, si è ammogliato senza far contratto di matrimonio, egli, secondo questa giurisprudenza, deve essere restituito di pieno diritto contro il consenso, che sembra aver prestato che tutti i suoi mobili entrino nella comunione legale, e contro la mancanza di una convenzione di realizzazione di ciò che eccedeva il terzo dell' universalità dei suoi beni; imperciocchè un consenso tacito non è più forte di un consenso formale contro il quale la giurisprudenza restituisce un minore, che reca nella comunione più del terzo de' suoi beni, e i minori possono esser restituiti in intiero contro ciò, che hanno mancato di fare, come contro ciò, che hanno fatto di pregiudizievole a' loro interessi: *Minoribus in iis quae vel praetermiserunt vel ignoraverunt, innumeris auctoritatibus constant esse consultum*; *l.* 8, *Cod. de integr. restit.*

Questa riduzione del mobiliare del minore, il quale deve entrare nella comunione pel terzo della universalità de' suoi beni, non ha luogo se non quando il minore si ammoglia *de suo*: quando suo padre, sua madre, o altri gli danno una dote in danaro o in altri beni mobili, è in potere di quello che dà questa dote di lasciarla entrare per intiero nella comunione di questo minore, non facendo alcuna convenzione di realizzazione; imperciocchè colui, che dà una cosa, è padrone di darla nel modo e colle condizioni che gli piacciono; ma quando il minore si ammoglia *de suo*, non importa che sia suo padre o un altro tutore che lo ammogli; suo padre non ha maggior dritto di un altro tutore di disporre de' beni di suo figlio, e non deve per conseguenza essergli permesso di fare entrare in comunione più del terzo de' beni di lui.

104. *Quinta eccezione.* Il principio, che tutti i mobili di ciascun conjoge entrano nella comunione legale, soffre ancora una eccezione in un caso, per l' editto delle seconde nozze. Vedetelo nel nostro *Trattato del Matrimonio*, n. 551.

ARTICOLO II.

Degli acquisti di comunione.

105. I coacquisti immobili sono la seconda specie di cose delle quali è composta la comunione legale. Lo Statuto di Parigi, *art.* 220, dice: « marito e moglie sono uni e comuni nei beni mobili e *ne' coacquisti immobili fatti durante e stante il matrimonio* ».

In materia di comunione, il termine *coacquisti* è opposto a quello di *proprio*, come si è detto più sopra. Per *coacquisti* s' intendono i fondi, che entrano nella comunione, e per *proprj* quelli, che non vi appartengono.

Questa parola *proprio*, in materia di comunione, è presa in un senso differente da quello in cui è presa nelle altre materie di diritto; questa parola *proprio* nelle altre materie è presa per un fondo o altro immobile, che appartiene ad alcuno a titolo di successione di un parente; ma in materia di comunione si chiama *proprio* tutto ciò, che non è comune e che non è entrato nella comunione; un fondo è proprio di comunione, quando appartiene ad un conjuge senza fare parte de' beni della comunione, che ha con l' altro conjuge.

Siccome vi è sovente questione, se un fondo o altro immobile sia *coacquisto* o *proprio* di comunione, noi stabiliremo delle regole per distinguere quelli che sono *coacquisti* da quelli che sono *proprj*; noi impiegheremo il primo paragrafo di questo articolo ad esporre la prima regola; nel secondo paragrafo esporremo le altre.

§ 1.

106. *Prima regola.* Non vi sono che gli acquisti propriamente detti, i

quali possano essere *conquisti* della comunione legale: tutti i fondi ed altri immobili, che sono *proprj* in materia di successione, sono anche sempre *proprj* di questa comunione, sebbene le cose, che sono beni proprj di comunione, non lo sieno sempre in materia di successione.

I fondi e gl'immobili, che sono proprj in materia di successione, essendo quelli, che provengono a titolo di successione, o a titolo equivalente, come sono le donazioni, i legati fatti ai figli da' loro genitori o altri parenti della linea diretta ascendentale, e gli accomodamenti di famiglia, che si fanno tra queste persone; affine di entrare nelle particolarità della nostra regola e per far conoscere distintamente quali sieno i fondi e gli altri immobili, che sono proprj in materia di successione, e che in conseguenza, secondo la nostra regola, sieno proprj della comunione legale, noi applicheremo la nostra regola a ciascuno di questi titoli. L' applicheremo in seguito anche alle divisioni ed alle licitazioni tra i coeredi.

Applicazione della regola al titolo di successione.

107. I fondi che a titolo di successione provengono da un parente, sia in linea diretta sia in linea collaterale, sono proprj in materia di successione; quelli adunque, che provengono ad uno de' conjugi per questo titolo, sebbene durante il matrimonio, sono egualmente proprj di comunione, giusta la nostra regola.

È lo stesso degli uffizj e delle rendite: essendo queste cose riputate immobili e della stessa natura de' fondi, sono suscettibili della qualità di proprj: perciò allorchè queste cose pervengono ad un conjuge, sebbene durante il matrimonio, per successione diretta o collaterale di qualche suo parente, essendo proprj di successione, sono parimenti proprj di comunione.

108. Osservate che, in materia di successione, per riputarsi propria una rendita, non basta che sia riputata immobile nella persona dell' erede, che vi è succeduto: bisogna ancora che sia stata riputata immobile nella persona a cui si è succeduto. Quindi se un conjuge domiciliato sotto lo Statuto di Parigi, il quale reputa immobili le rendite, sia succeduto, durante il matrimonio, ad uno de' suoi parenti domiciliato sotto quello di Troyes, che le reputa mobili; questa rendita, sebbene sia divenuta immobile nella persona del Parigino, essendogli toccata per successione una cosa immobile, non sarà *propria* nella sua persona, ma un semplice *acquisto*.

La ragione è che la natura de' beni proprj è di essere beni *antichi*, *anciens heritages* (nome che molti Statuti loro danno), i quali vengono trasmessi in famiglia per successione; ora non si può dire che una rendita, la quale ha cominciato ad esser riputata immobile e della natura dei fondi soltanto nella persona dell' erede, sia un bene *antico*; dunque non è proprio, ma un semplice acquisto di questo erede. Così è stato giudicato con una decisione del 14 marzo 1697 contro gli eredi de' proprj materni della sig. di Machault, la quale, essendo domiciliata a Parigi, era succeduta a sua madre domiciliata sotto lo Statuto di Reims, che reputa mobili le rendite: si giudicò che questa rendita, sebbene divenuta immobile nella persona della sig. di Machault, non fosse un proprio materno, ma un semplice acquisto nella eredità della detta dama, la quale non era succeduta a sua madre in questa rendita, se non come in un mobile. Questa decisione viene riportata da Boullonois *Quaest.* 2, da Le Maître, dal commentatore di Lebrun, ec.

109. Mi sembra venire in conseguenza di questa decisione, che quando un conjuge domiciliato in Parigi succede, durante il matrimonio, ad uno de' suoi parenti domiciliato sotto uno Statuto, che reputi mobili le rendite, quelle, ch' esso conjuge ha raccolto da questa successione, debbono entrare nella sua comunione; imperciocchè la comunione è composta di tutti gli *acquisti de' conjugi fatti durante il matrimonio*: ora queste rendite, alle quali il conjuge è succeduto come a mobili, sebbene divenute immobili, nella persona di questo conjuge, non es-

sendo proprie nella sua persona, ma acquisti, secondo tale decisione; e questi acquisti essendo stati fatti durante il matrimonio, poichè esso durante vi è succeduto, ne viene che debbono entrare nella comunione di questo conjuge.

110. Il commentatore di Lebrun è di parere contrario al nostro: egli pensa che queste rendite, sebbene non sieno proprie di successione, non lasciano di essere proprie di comunione: egli dice, se elleno non sono proprie di successione ciò è perchè loro manca una condizione necessaria, la quale è che sieno state possedute come immobili dal defunto dalla di cui successione sono provenute al conjuge; questa condizione non è necessaria perchè sieno proprie di comunione; basta per ciò che i conjugi le abbiano avute a titolo di successione. Io rispondo che se gl'immobili, i quali pervengono ad un conjuge per titolo di successione durante il matrimonio, non entrano nella comunione, non è precisamente e solamente perchè gli pervengono a titolo di successione; ma perchè il titolo di successione loro dà qualità di proprj, la quale è incompatibile con quella di acquisti, e per conseguenza di acquisti di comunione: quindi i mobili, che non sono suscettibili della qualità di proprj, sebbene pervengano ad un conjuge a titolo di successione, non lasciano di cadere nella comunione; per la stessa ragione, queste rendite, alle quali il conjuge non è succeduto se non come ai mobili, sebbene divenute immobili nella sua persona, non avendo la qualità di proprj e non essendo acquisti, niente impedisce che cadano nella comunione come acquisti di comunione.

111. Acciocchè una cosa sia propria nella persona dell'erede, che vi è succeduto, è per verità necessario che sia stata posseduta come immobile dalla persona a cui egli è succeduto; ma non è del pari necessario che sia stata da essa posseduta come propria; perchè è massima che l'acquisto del defunto diviene proprio nella persona del suo erede.

112. Per la stessa ragione, quando per l'estinzione della linea, da cui procedeva un fondo proprio, l'erede degli acquisti, che è un estraneo, sia succeduto (1) a questo fondo, sebbene non vi sia succeduto come ad un bene proprio, questo fondo non lascerà di essere proprio nella persona di questo erede, salvo che non sarà più un proprio antico ma un proprio che non ascende oltre la persona del defunto a cui è succeduto.

113. Perchè un fondo sia proprio in materia di successione e per conseguenza in materia di comunione, non è necessario che l'erede, il quale vi è succeduto, giustifichi che il defunto il quale è succeduto ne era il proprietario, imperciocchè possedendolo il defunto in tempo della sua morte, ed essendosi trovato fra i beni della sua eredità, si presume esserne stato proprietario finchè l'erede non soggiaccia ad evizione.

114. Ciò ha luogo nel caso anche in cui un terzo, pretendendosi proprietario di un fondo, avesse fatto una domanda in rivendicazione contro l'erede per farselo rilasciare, della quale poscia, e durante la comunione dell'erede con sua moglie, il revindicante avesse desistito con una transazione per una somma di danaro, che l'erede gli avesse pagata, il fondo in questo caso non lascia di esser proprio in materia di successione e per conseguenza proprio di comunione; salvo il compenso, che l'erede deve alla sua comunione per la somma, che egli ne ha preso per darla a colui, che esercitava la rivendicazione, e conservarsi con questo mezzo il fondo, come lo vedremo più sotto . . . La ragione è che una transazione essendo per sua natura *de re incerta et dubia*, e l'erede nel pagar quella somma, avendo potuto volere piuttosto evitare un giudizio, che riconoscere il diritto dell'attore, questa transazione non è bastante per distruggere la presunzione che il defunto, il quale in tempo della sua morte possedeva il fondo, ne fosse il proprietario.

115. La cosa sarebbe diversa, se

(1) Negli Statuti di Angiò, del Manese, e in alcuni altri, mancando la linea, la eredità viene deferita al fisco; ma questi Statuti devono esser ristretti al loro territorio.

nella transazione l'erede avesse riconosciuto, che il fondo apparteneva a colui, che lo rivendicava, il quale acconsentiva che il fondo fosse restato all' erede per la somma, che gli sborsava; tale atto sarebbe una vera vendita del fondo, che l' attore farebbe all'erede, e questi non sarebbe più riputato avere il fondo a titolo di successione, ma il suo titolo sarebbe la vendita, che gli è stata fatta; in questo caso adunque il fondo sarebbe un acquisto e per conseguenza un coacquisto, essendo stato acquistato durante la comunione.

116. Quando anche nell'atto intervenuto dietro la dimanda di rivendicazione, e qualificato per transazione, l' erede non avesse formalmente riconosciuto il diritto di proprietà del petitore; pure se la somma, che gli ha sborsata per conservare il fondo, fosse dell' intiero valore di esso, vi sarebbe una forte presunzione che l' atto fosse una vera vendita trasformata sotto il nome di transazione; e questa presunzione potrebbe bastare per far dichiarare il fondo un acquisto e per conseguenza coacquisto, se l'atto fosse intervenuto durante la comunione dell' erede.

117. Fuori di questo caso, la moglie di un tale erede, la quale pretendesse che il fondo fosse un acquisto della sua comunione, e che l' atto intervenuto fra il rivendicante e suo marito fosse una vendita fatta da detto rivendicante, non dovrebbe essere ammessa a giustificare il dritto di proprietà di questo petitore, a meno che ne avesse la prova con titoli chiari ed incontestabili alla mano; imperciocchè non devesi ammettere un terzo a resuscitare una lite sopita da una transazione.

118. Se un fondo, del quale era in possesso in tempo della sua morte il parente, a cui io sono succeduto, gli fosse stato venduto da qualcuno in nome del proprietario, sebbene tale proprietario non abbia ratificato la vendita, se non dopo la morte del mio parente, e sebbene io gli abbia anco dato del denaro per indurlo a ratificare, nondimeno non si reputerà avere acquistato io stesso un tal fondo da quel proprietario colla ratifica, ch' egli abbia fatto; si reputa che io lo abbia dal mio parente a titolo di successione, e il fondo è in conseguenza proprio tanto in materia di successione come di comunione; salvo il compenso, ch' io debbo alla comunione pel danaro che ne ho preso per fare ratificare la vendita dal proprietario.

La ragione di dubitare era, che il mio parente, a cui sono succeduto, non ha potuto acquistare la proprietà del fondo, che gli è stato venduto, se non col consenso del proprietario; quinni non essendo questo consenso ancora intervenuto in tempo della sua morte, io non ho potuto succedergli in questo fondo: perchè non si può succedere ad uno in una cosa, che non gli appartiene.

La ragione per decidere, al contrario, che debba considerarsi essere io succeduto al mio parente in questo fondo, è che per sua natura le ratifiche debbono avere un effetto retroattivo; colui che ratifica una vendita, che è stata fatta in suo nome, si reputa che abbia costituito un procuratore per vendere, secondo la regola, *ratihabitio mandato comparatur*, si reputa ch' egli medesimo abbia venduto e messo il compratore in possesso, secondo questa regola di dritto: *qui mandat ipse fecisse videtur*. Il mio parente, a cui io sono succeduto, viene adunque riputato, col soccorso della finzione che dà un effetto retroattivo alle ratifiche, essere diventato proprietario del fondo, che gli è stato venduto, tostochè ne è stato messo in possesso, come se ve lo avesse messo il proprietario stesso in nome di cui è stata fatta la vendita; e quindi si considera esserne stato proprietario in tempo della sua morte, e perciò essergli io succeduto in questo fondo.

119. Devesi per la stessa ragione considerare che io sia succeduto al mio parente in un fondo, ch' egli avesse acquistato da un minore, quantunque tale minore divenuto maggiore non abbia fatto la ratifica, se non dopo la morte del mio parente.

Dicesi, per motivo di dubitare, che le leggi dichiarano nulle le alienazioni de' beni de' minori; quindi il pa-

rente, a cui io sono succeduto, non ha potuto acquistare la proprietà del fondo che il minore gli ha venduto, prima ch'esso minore ne abbia fatto la ratifica nella sua maggiorità; io non ho dunque potuto succedergli in questo fondo, che non gli apparteneva in tempo della sua morte. La risposta che serve di ragione per decidere è, che la legge non pronunzia la nullità dell'alienazione de' beni de' minori, se non in favore de' minori stessi; questa nullità adunque non è che una nullità relativa, la quale non ha luogo, se non quando il minore trovasse che l' alienazione de' suoi beni gli fosse svantaggiosa; ma quando il minore divenuto maggiore approva l'alienazione che ha fatta, sia con una espressa sia con una tacita ratifica, lasciando decorrere il tempo della restituzione senza opporvisi, allora l'alienazione è valida; perciò, in questo caso, avendo il minore, fatto maggiore, ratificato la vendita fatta al mio parente, questa vendita, che fino a tale ratifica era stata *in suspenso*, è riputata essere stata valida; ed il mio parente è divenuto proprietario del fondo per la tradizione che gliene ha fatta il minore; si deve adunque del pari riputare essergli io succeduto in questo fondo.

120. Non è lo stesso della nullità che le leggi pronunziano sopra tutto ciò, che è stato fatto da una moglie senza essere stata autorizzata; questa nullità non è stabilita in favore della moglie, poichè si estende anche agli atti, che le fossero vantaggiosi, come sarebbe l'accettazione, ch'ella facesse di una donazione, che le fosse fatta. *Ordinanza del* 1731, *art*. 9. Quindi se una donna sotto la potestà maritale avesse senza autorizzazione venduto un fondo al mio parente, a cui io fossi poscia succeduto, e dopo la morte del mio parente questa donna diventata vedova e restituita ne'suoi dritti avesse acconsentito con un atto fatto tra me e lei, che questa vendita avesse luogo a mio vantaggio, e ch'io ritenessi il fondo, quest' atto mi sembra non poter passare se non che per una vendita di quel fondo che questa vedova mi fa, e non per una conferma di quella vendita, che ne aveva fatta al mio parente a cui io sono succeduto; imperciocchè ciò che è assolutamente nullo, non è suscettibile di conferma. Quindi ne viene che questo fondo deve riputarsi una compra, e per conseguenza acquisto della comunione legale, se l'atto è stato fatto durante questa comunione.

121. Perchè io venga riputato avere un fondo o altro immobile a titolo di successione, e che sia in conseguenza proprio in materia di successione e di comunione, non è necessario che io abbia trovato questo fondo stesso nella eredità del mio parente, cui io sono succeduto, ma basta che vi abbia trovato il diritto in virtù del quale ne sia poscia divenuto proprietario.

La ragione di questa massima è, che il dritto ad una cosa viene riputato essere, *juris effectu et eventu*, la cosa stessa nella quale si termina e si realizza in seguito, secondo questa regola di diritto: *is qui actionem habet ad rem recuperandam*, *ipsam rem habere videtur*; *l*. 15, ff. *de reg. jur*. Dal che viene che quando io son succeduto al mio parente in un dritto, ch'egli aveva sopra un certo fondo, del quale poscia io son divenuto proprietario in virtù di questo dritto, si reputa che io gli sia succeduto nel fondo stesso in cui si è di poi realizzato il dritto al quale io sono succeduto.

Secondo questi principj, se il mio parente, a cui io son succeduto, avesse in tempo di sua vita comprato un fondo, di cui non fosse stato per anco messo in possesso in tempo della sua morte, sebbene io non abbia trovato nella eredità che l' azione *ex empto*, si reputa che io gli sia succeduto nel fondo stesso, che mi son fatto dare con questa azione.

122. Per le stessa ragione se il parente, al quale io sono succeduto, avesse venduto un fondo con facoltà di ricomprarlo, e che dopo la sua morte io abbia in qualità di suo erede usato del diritto di ricompra, si reputa che io abbia questo fondo a titolo di eredità del mio parente; sebbene io non abbia trovato il fondo stesso nella eredità, basta che vi abbia trovato il dritto di ricompra, che si è realizzato nel detto fondo, che ho riacquistato;

esso sarà dunque mio proprio tanto in materia di successione che di comunione, salvo il compenso che io debbo alla comunione per la somma, che ne è stata presa per ricomprarlo.

123. Per la stessa ragione, se il parente, a cui io son succeduto, avesse alienato un fondo sotto una condizione resolutoria, *puta*, s'egli lo avesse donato ad alcuno a condizione di rientrare in possesso se il donatario morisse senza figli, e che essendosi verificata la condizione dopo la morte del parente, a cui io sono succeduto, fossi rientrato nel possesso di questo fondo, verrei riputato averlo avuto a titolo di successione dal mio parente, quantunque non sia stato il fondo stesso, che siasi trovato nella sua successione; imperciocchè succedendo al dritto di rientrare in possesso del fondo, si reputa che io sia succeduto nel fondo stesso in cui questo dritto si è terminato e realizzato.

Si obbietterà forse che l' esistenza della condizione, la quale ha dato luogo al dritto di rientrare in possesso del fondo, non essendo avvenuta se non dopo la morte del mio parente, io non ho neppure trovato questo dritto nella di lui eredità, poichè non era verificato all'apertura di essa. La risposta è che, secondo i principj, che abbiamo stabiliti nel nostro *Trattato delle Obbligazioni*, *n.* 220, l'esistenza delle condizioni apposte ad un contratto, ha un effetto retroattivo al tempo del contratto, il quale fa considerare il dritto, a cui ha dato luogo l'esistenza della condizione, come un dritto acquisito in tempo della convenzione. Secondo questo principio il parente, a cui io sono succeduto, è riputato avere avuto tal diritto dal tempo del contratto di donazione, che ha fatta del suo fondo, ed averlo per conseguenza trasmesso nella sua successione.

124. Allorchè il parente, a cui io son succeduto, ha venduto un fondo del quale ha messo in possesso il compratore senza riceverne il prezzo, per lo pagamento del quale gli ha accordato un termine, se per una convenzione, che io ho fatta dopo la sua morte in qualità di suo erede col compratore, sono rientrato nel fondo assolvendolo dal prezzo, questo fondo sarà esso proprio per me? La ragione di dubitare è, che essendo stata fatta la vendita del fondo puramente e semplicemente senza patto commissorio, sembra che il venditore, a cui io sono succeduto, non abbia ritenuto alcun dritto di rientrare nel possesso del fondo in cui io abbia potuto succedere. La risposta a questo ragionamento è, che in tutti i contratti sinallagmatici la parte, che dal canto suo ha eseguito il contratto, ha dritto di ripetere la cosa, che essa ha dato in esecuzione del contratto, in caso di inadempimento per parte dell' altro contraente; da questo dritto nasce la azione che si chiama *condictio ob rem datam re non secuta*: dunque il venditore, di cui io sono stato erede, aveva il dritto di rientrare in possesso del fondo in caso d' inadempimento del contratto; egli lo ha lasciato nella sua eredità e me lo ha trasmesso; quindi in virtù di questo dritto ed in conseguenza dell' inadempimento di questo contratto per la convenzione di desistenza passata tra me e il compratore, io sono rientrato nel possesso di questo fondo, e ne sono divenuto proprietario; lo sono adunque divenuto in virtù di un dritto al quale sono succeduto; questo fondo adunque è mio proprio in materia di successione, e perciò deve esserlo anche in materia di comunione, salvo il compenso, che io debbo alla comunione, per la somma dovuta per lo prezzo del fondo che doveva entrarvi, e di cui l'ho privata liberando il compratore da questa somma per ottenere il fondo, come lo vedremo *infra*.

Si dirà forse, a che serve il patto commissorio, se senza questo patto il venditore ha il diritto di rientrare in possesso del fondo, quando non ne sia stato pagato il prezzo? *Ved.* nel nostro *Trattato del Contratto di Vendita*, *n.* 475, ciò che questo patto dà di più.

125. Il principio, che noi abbiamo stabilito, che reputa che io abbia un fondo a titolo di successione, quando sono succeduto al mio parente nel diritto in virtù del quale ne sono poscia divenuto proprietario, non ha luogo se non quando il dritto al quale sono succeduto sia stato la causa

prossima ed immediata dell' acquisto che ne ho fatto in seguito, come negli esempj di sopra riportati; diversa è la cosa quando il diritto, a cui io sono succeduto, non è stato che una causa rimota. Per esempio, se io sia succeduto ad un mio parente in una signoria diretta, alla quale sia inerente un diritto di avere per retratto convenzionale i fondi di un certo territorio quando sieno venduti; e che poscia essendo stato venduto un fondo soggetto a questo diritto io ne abbia usato, e sia divenuto proprietario del fondo venduto, allora non sarò riputato aver questo fondo a titolo di successione, ma sarà un acquisto; e se la vendita, che ha dato luogo al retratto del quale ho fatto uso, è intervenuta durante la mia comunione, sarà conquisto. La ragione è, che il diritto inerente alla signoria, alla quale io sono succeduto, consiste nel dritto di essere preferito nella compera dei fondi che vi sono soggetti, quando vengano venduti; e perciò non è che la causa rimota dell'acquisto del fondo, che io ho fatto, quando ho usato di questo diritto. La causa prossima del mio acquisto, è il contratto di vendita di questo fondo, ne'diritti del quale contratto io sono stato surrogato al compratore, a cui era stata fatta la vendita per l'azione di retratto, che io ho esercitata sopra di lui e che mi ha reso compratore in sua vece; questo contratto di vendita dunque è il vero titolo della causa prossima dello acquisto, ed io lo posseggo a titolo di compra, e per conseguenza è un *acquisto* di comunione.

Per le medesime ragioni si è giudicato, con decisione del 24 gennajo 1623, che un fondo riacquistato per diritto feudale era *acquisto*. *Bardet*, *lib*. 1, *capit*. 109.

126. Parimenti, se avendo io come proprio un diritto di giurisdizione cui sono succeduto a'miei parenti, abbia in virtù della mia giurisdizione acquistato, per diritto di beni vacanti o di confisca, dei beni immobili da un uomo morto senza eredi o condannato ad una pena capitale; questi immobili non sono miei proprj ma acquisti; e se la morte o la condanna, che hanno dato luogo al mio diritto, sono avvenute durante la mia comunione, essi sono *conquisti*: imperciocchè non è il mio diritto di giurisdizione che sia la causa prossima ed immediata perchè io abbia acquistato quegl'immobili; ma bensì il dritto di mancanza di eredi o di confisca, a cui ha dato luogo la morte o la condanna della persona alla quale appartenevano; i quali diritti sono frutti civili del mio dritto di giurisdizione che gli ha prodotti, e ne sono distinti come lo è la figlia dalla madre, e come lo sono i frutti dalla terra, che gli ha prodotti.

Non è lo stesso del diritto di mancanza di eredi che lo Statuto di Brettagna, *art*. 595, ed alcuni altri attribuiscono al *signore* del feudo per la mancanza della linea: allorchè sotto questi Statuti il *signore* succede nel feudo che dipendeva da lui per la morte del suo vassallo, che non ha lasciato eredi della linea, da cui procedeva questo feudo, tale successione non deve considerarsi come un frutto ed una rendita del feudo dominante, ma come una riversione di questo feudo, che si fa al padrone per l'estinzione dell'infeudazione prodotta dalla mancanza della linea. Il diritto di rientrarne in possesso per mancanza della linea, era una dipendenza del feudo dominante; questo feudo nel quale il *signore* è rientrato, ed in cui si è terminato il diritto, che aveva di rientrarne in possesso, ne è parimenti una dipendenza, come lo era prima della investitura del feudo, che ne lo aveva separato; quindi se il feudo dominante era proprio, lo è pure il feudo nel quale il signore del feudo dominante è rientrato per questo dritto di mancanza di eredi.

Lo stesso è della confisca feudale per fellonia; in questo caso non è tanto un acquisto, che fa il signore, quanto una riversione per l'estinzione dell'infeudazione. Il diritto, che ha il signore di rientrare ne'feudi, che dipendono da lui, avvenendo il caso, è un dritto che fa parte del feudo dominante, e per conseguenza il feudo nel quale, all'avvenienza del caso, egli è rientrato, ed in cui si è terminato il dritto, ch'egli vi aveva, deve parimenti far parte delle dipendenze del feudo dominante, ed essere della stessa natura, e per conseguenza proprio

allorquando il feudo dominante è proprio della persona alla quale appartiene.

127. I fondi confiscati sono essi proprj o acquisti pe' figli o altri eredi del condannato, a' quali il re condonasse la confisca? Io credo che la decisione della questione dipenda molto dai termini ne' quali è concepito il rescritto. Se il re dichiara nel rescritto che desiste in loro favore dal diritto di confisca de' beni del condannato, il re in questo caso desistendo dalla confisca, sembra avere colla pienezza della sua podestà restituito al condannato il dritto di trasmettere i suoi beni per successione, il quale diritto avea perduto, perdendo lo stato civile in virtù della condanna; quindi i suoi figli o altri eredi vengono riputati avere i beni del condannato a titolo di successione, e per conseguenza que' beni, che sono immobili, divengono proprj. Ma se il rescritto porta semplicemente che il re fa donazione de' beni confiscati ai figli o altri eredi del condannato, i figli in questo caso non avendo altro titolo che la donazione, che loro ne ha fatta il re, questi beni sono acquisti, e per conseguenza *coacquisti*, se la donazione è stata fatta durante la comunione.

Vi sono degli autori che fanno distinzione tra i figli del condannato, e gli altri suoi parenti, interpretando secondo il primo senso il rescritto, quando la condonazione sia stata fatta ai figli; e giusta il secondo quando è stata fatta agli altri parenti.

128. Sebbene il fondo nel quale uno dei conjugi sia succeduto al suo parente, durante il matrimonio, non abbia gli effetti di un bene proprio nella eredità di questo conjuge, nè in materia di disposizione, perchè non resta più alcuno della famiglia da cui procedeva, non cessa perciò di essere proprio di comunione; imperciocchè *ex accidenti et causa extrinseca* non ha nella successione di questo conjuge ed in materia di disposizione gli effetti di un bene proprio; esso non cessa di essere in se medesimo un fondo proprio, essendo stato trasmesso per successione; non è dunque un acquisto, nè per conseguenza un *coacquisto*.

129. Ci resta da osservare che, onde un immobile devoluto ad un conjuge durante la comunione, per successione del suo parente, sia proprio ereditario, e quindi proprio di comunione, non importa che questo parente, dalla di cui successione è venuto, sia della linea diretta ascendentale, o della diretta discendentale, o della collaterale: tutte queste successioni fanno proprj i beni.

Devesi eccettuare da questa regola quella eredità nella quale i padri e le madri succedono a' loro figli nelle cose, che hanno loro donato? Noi tratteremo questa questione in un Trattato delle Successioni.

Applicazione della regola alle donazioni ed a' legati fatti in anticipazione di successione, e per tenere luogo di eredità.

130. I fondi, o altri immobili donati o legati ad un figlio dai suoi genitori, o da qualche altro parente della linea diretta ascendentale, sono proprj di questo figlio in materia di successione, come se gli fossero toccati per successione di queste persone; e per conseguenza, secondo la regola di sopra proposta, sono anche proprj di comunione, ancorchè la donazione o il legato sieno stati fatti durante la comunione. La ragione è, che questi parenti, secondo l'ordine della natura, dovendo la successione de' loro beni a' loro figli, le donazioni e i legati, ch'essi loro ne fanno, sono meno donazioni e legati che un pagamento nel debito naturale della loro successione: quindi i figli, mediante le donazioni tra vivi, che loro vengono fatte di questi beni, sono riputati raccoglierli prima della successione del donante: e perciò queste donazioni sono chiamate, *anticipazioni di eredità, anticipazioni di successione*.

131. Ciò ha luogo 1.° quando anche il figlio donatario avesse dipoi rinunziato alla successione del donante, i fondi e gli altri immobili, che gli sono stati donati, non cessano di esser proprj di successione e di comunione; imperciocchè non si cessa di reputare che il donante gli abbia donati per anticipata successione, e in tal qualità tener luogo di successione.

132. Ciò ha luogo 2.° quando anche i fondi donati eccedessero la parte che il figlio donatario avesse dovuto avere nella successione del donante; questi fondi non lasciano di essergli intieramente proprj, e non già solamente fino alla concorrenza della parte, ch' egli avrebbe dovuto avere nella successione del donante; imperciocchè il donante non è meno riputato avergli donato il totale come un' anticipazione della sua successione, nella quale egli ha voluto fargli una parte più vantaggiosa di quella, che gli avrebbe fatto la legge civile delle successioni.

133. Ciò ha luogo 3.° quando anco il figlio donatario non fosse l' erede presuntivo immediato del suo avolo, che gliel' ha donato, perchè preceduto da suo padre; perocchè questi fondi non lasciano di esser creduti donati in anticipazione di successione; quindi, secondo l' ordine della natura, dovendogli i beni di suo avolo toccare un giorno, non immediatamente, ma mediatamente e pel canale di suo padre, il suo avolo, facendogli donazione o legato, non ha fatto che prevenire questo tempo e saltare sopra il canale pel quale dovevano pervenirgli; dunque la donazione o il legato, ch' esso gliene ha fatto, è un' anticipazione della sua successione; e perciò i fondi o altri immobili donati o legati sono proprj di successione e per conseguenza proprj di comunione.

134. Ciò ha luogo 4.° quando anche il fondo non passasse direttamente dal padre al figlio, ma pel canale di un' altra persona, che il padre avesse gravata di sostituzione verso suo figlio. Per esempio, un padre, che ha due figli, fa il primogenito legatario universale coll' obbligo di sostituzione verso il secondogenito: sebbene in tempo della sostituzione il secondogenito raccolga i fondi compresi nella sostituzione pel canale e per mezzo di suo fratello primogenito, questo secondogenito non lascia di essere riputato tenerli da suo padre a titolo di donazione; perchè la sostituzione, che è il suo titolo, è una donazione che suo padre gli ha fatta; questi fondi adunque gli sono proprj di successione e per conseguenza di comunione.

Contra vice-versa. Quando uno zio ha gravato un suo nipote di una sostituzione a profitto dei figli del detto nipote, i fondi compresi nella sostituzione, che i detti figli hanno raccolta, non tengono loro luogo che di acquisti; imperocchè sebbene sieno passati dal padre ai figli, essi non gli hanno avuti dal loro padre; egli non è stato che il canale pel quale sono passati; essi gli hanno dal loro prozio che glieli ha donati, facendone la sostituzione in loro favore; ora, le donazioni fatte da un parente collaterale non sono che semplici acquisti, come lo vedremo più estesamente in seguito.

135. Allorchè un padre, durante il matrimonio di suo figlio, gli ha fatto donazione di una rendita di una certa somma, di cui si costituisce egli stesso debitore verso di lui, questa rendita, nella persona del figlio, che ne è il creditore, è essa un acquisto o un bene proprio?

Per sostenere che questa rendita non sia propria, ma solamente acquisto, si dice che chiamasi proprio un fondo *antico*, il quale abbia appartenuto alla persona a cui si è succeduto, e sia passato da essa nel successore; ora la rendita, che il padre ha donato a suo figlio, e della quale si è costituito debitore verso di lui, essendo una rendita, che non è stata creata e formata se non colla donazione, che ne è stata fatta al figlio, e che non ha cominciato ad esistere se non nella persona del figlio, non si può dire che sia un fondo antico, che sia passato dalla persona del padre in quella del figlio; non si può adunque dire che questa rendita sia propria. Essa è adunque un acquisto del figlio, e non essendogli stata fatta la donazione nel contratto di matrimonio, è un acquisto fatto durante il matrimonio, e per conseguenza entra nella comunione legale, quando nella donazione non vi fosse clausola contraria, come vi sarebbero entrati i mobili che il padre avesse donati al figlio.

Al contrario, per sostituire che questa rendita sia propria, si dice; è vero che questa rendita non ha comin-

ciato ad esistere se non nella persona del figlio, e non ha giammai appartenuto al padre in questa forma; ma se essa non gli ha appartenuto *formaliter* nella sua forma di rendita, gli ha bene appartenuto *causaliter et eminenter*, come essendo contenuta nella massa de' suoi beni sopra i quali esso l' ha costituita; diversamente non avrebbe potuto donarla a suo figlio, niuno potendo donare ciò che non ha. La rendita può sembrare in questa maniera esser passata di padre in figlio con un titolo, che costituisce proprietà, ed essere per conseguenza propria tanto di successione come di comunione.

Nella mia introduzione allo Statuto di Orleans io aveva abbracciato questa seconda opinione, che il fu M. Rousseau, mio rispettabile amico, mi aveva detto esser la più accreditata nel tribunale; ma ho inteso di poi che la corte abbia pronunziato una sentenza, della quale non so la data, che ha giudicato conformemente alla prima opinione.

Non vi sarebbe luogo a questa questione, se si parlasse di una donazione di una certa somma fatta dal padre al figlio, per lo prezzo della quale somma esso gli avesse costituito una rendita di tanto nel medesimo atto; la donazione contenendo in questo caso una somma di danaro, non v' ha dubbio che la rendita costituita al figlio per lo prezzo di questa somma sia un acquisto e per conseguenza un *coacquisto*, poichè è stato fatto durante il matrimonio.

136. Allorchè un padre debitore verso suo figlio di una somma di danaro, che gli ha promesso nel contratto di nozze, gli dà invece un fondo durante il matrimonio, questo fondo sarà egli proprio? La ragione di dubitare è, che il fondo in questo caso sembra dato dal padre al figlio in pagamento della somma, ch' esso gli doveva; ora il pagamento è un atto equivalente alla vendita, *dare in solutum est vendere*; *l.* 4, *C. de evict*. È dunque come se il padre avesse venduto a questo figlio il fondo per lo prezzo della somma che gli doveva; ora, non v' ha dubbio che il fondo, che un padre avesse venduto ad un figlio, sarebbe un acquisto di questo figlio. Non ostante queste ragioni è certo che questo fondo è proprio di successione al figlio, e per conseguenza proprio di comunione. Il padre dando questo fondo al figlio invece della somma, che gli avea promessa nel matrimonio, non è riputato venderglielo per lo prezzo della somma che gli deve, ma eseguire la donazione della dote, che gli aveva promessa nel matrimonio; quindi questa donazione riceve la sua esecuzione non per vero dire, *in ipsa re promissa, sed in re diversa*, che il figlio si compiace di ricevere invece di quella; si reputa dunque che il figlio abbia questo fondo in adempimento della donazione, che gli era stata fatta nel contratto di matrimonio, e per conseguenza a titolo di donazione o di anticipata successione.

Ciò risulta evidentemente dall' *artic.* 26 dello Statuto di Parigi, ove dice: « il figlio a cui il padre o la madre, l' avolo o l' avola abbiano donato qualche fondo tenuto in feudo, non deve al signor feudale che la bocca e le mani, ancorchè.. . la cosa sia stata data in pagamento di ciò, che gli era stato promesso nel contratto di matrimonio ». Lo Statuto, dichiarando che il figlio non deve in questo caso che la bocca e le mani, suppone evidentemente che il figlio, nel caso proposto, abbia il fondo a titolo di donazione in esecuzione di quella, che gli era stata fatta da suo padre, e che suo padre non sia riputato avergliela venduto; imperciocchè se venisse riputato averlo venduto, il figlio dovrebbe il profitto della vendita, non essendovi dubbio, che la vendita di un fondo feudale fatta da un padre a un figlio, dia luogo al profitto di vendita.

Osservate che il fondo dato ad uno de' conjugi durante il matrimonio, in vece di una somma, che gli era stata promessa, non gli è proprio di comunione, se non coll' obbligo di compensarla della somma promessa, che sarebbe entrata nella comunione legale, se il conjuge non avesse ricevuto il fondo invece. Noi vedremo ciò più estesamente *infra, part.* 4.

137. Secondo il dritto comune, non vi sono che le donazioni fatte dai ge-

nitori o altri ascendenti ad un figlio, le quali sieno considerate come titoli equivalenti a quello della successione, e che rendano proprio il fondo o altro immobile, che è stato donato come se il donatario lo avesse avuto a titolo di successione: quelle che vengono fatte da ogni altro parente, ancorchè venissero fatte all' erede presuntivo del donante, non sono che *acquisti*, che divengono coacquisti quando la donazione è stata fatta durante la comunione.

La ragione di tale differenza è che, secondo l' ordine della natura, soltanto i nostri parenti della linea diretta ascendentale ci debbono la successione de' loro beni; gli altri non ce la debbono: adunque quando questi ci danno i loro beni, ciò è una vera donazione, che ci fanno, nè si può dire che sia un pagamento anticipato del debito della loro successione, poichè non ce la debbono.

Vi sono però alcuni Statuti, per esempio quello di Angiò e del Manese, i quali reputano che le donazioni fatte all' erede presuntivo, sebbene in linea collaterale, sieno fatte in anticipazione di successione; e quindi i fondi o altri immobili, che gli vengono donati, sieno beni proprj e patrimoniali. Non v' ha dubbio che gl' immobili retti da queste costumanze, essendo in questo caso proprj in materia di successione, sieno in conseguenza, secondo la nostra regola, proprj di comunione.

138. Allorchè un testatore nel suo testamento abbia chiamato alla successione i figli di un parente che sarebbe stato suo erede, se non fosse premorto, acciocchè lo rappresentassero e prendessero ne' beni della successione del testatore la parte, che gli sarebbe toccata se non fosse premorto; questo richiamo è desso riguardato come un titolo di successione che dia le qualità di proprj a' beni devoluti ai detti figli, o dovrà essere riguardato soltanto come un legato, che produce un acquisto?

Riguardo a ciò la giurisprudenza ha stabilita una distinzione tra il richiamo fatto *intra terminos juris*, e quello fatto *extra terminos juris*. S' intende per richiamo *intra terminos juris* quando, sotto gli Statuti che non ammettono la rappresentazione, il testatore abbia chiamato persone a cui il diritto romano l' accordava. Per esempio, quando sotto gli Statuti di Blois o di Meaux, i quali non ammettono alcuna rappresentazione in linea collaterale, un testatore abbia chiamato alla sua successione i suoi nipoti, figli di un fratello o di una sorella premorti; questo richiamo è *intra terminos juris*, perchè la Novella di Giustiniano accordava loro la rappresentazione. A più forte ragione il richiamo de' nipoti figli di un figlio è *intra terminos juris* sotto gli Statuti, che escludono la rappresentazione anche in linea diretta.

Il richiamo fatto *intra terminos juris* è riguardato come un titolo di successione che dà agli immobili, che pervengono a questo titolo, la qualità di proprj di successione, e per conseguenza di comunione. Ciò è stato giudicato con una decisione del 9 giugno 1687, riportata nel Giornale del Foro e da molte altre precedenti citate dal giornalista.

Il richiamo *extra terminos juris* è quello delle persone cui il diritto romano non dà diritto di rappresentazione. Tale è quello de' pronipoti, dei cugini in secondo grado.

Questo richiamo non è valido che per *modum legati*; e per conseguenza i fondi pervenuti a questo titolo sono puri acquisti, come tutti quelli fatti a titolo di legato.

Applicazione della regola agli accordi di famiglia.

139. Gli accordi di famiglia, pei quali passa qualche fondo di padre in figlio, essendo riguardati dalla giurisprudenza come anticipate successioni, ne viene che i fondi, che il figlio ha avuti in detto accordo, essendo proprj di successione lo sono parimenti di comunione, sebbene essa durante sia stato fatto l' accordo.

Per esempio allorchè un padre, durante il matrimonio di suo figlio, gli abbia ceduto un fondo, coll'obbligo di pagare i suoi debiti in totale o in parte: quest' atto non è riguardato come una vendita del fondo che il padre

faccia a suo figlio per lo prezzo della somma alla quale ammontano i debiti, che lo incarica di pagare, ma è riguardato come un puro accordo di famiglia ed un' anticipata successione, imperciocchè il padre con questo atto non fa che prevenire il tempo della apertura della sua successione, e fa anticipatamente ciò che farebbe allora. Senza questa cessione, in tempo della apertura della successione del padre, il figlio sarebbe succeduto a questo fondo, e vi sarebbe succeduto col peso di pagare i debiti de' quali lo incarica il padre nel fargli tale cessione; si reputa dunque che il figlio abbia questo fondo per anticipata successione; esso è dunque proprio, e per conseguenza proprio anche della comunione.

Questa è la giurisprudenza delle decisioni: ve n' ha una molto recente pronunziata nella quarta camera, essendo relatore M. Rolland di Chasseranges. Nel caso di questa decisione, il padre del sig. Landivisiau gli aveva fatta donazione della terra du Plessis, coll' obbligo di pagare seicento mila lire di debiti, la qual somma era il valore intero della terra; il sig. Landivisiau avendo voluto, dopo la morte di suo padre, conferire questa terra alla eredità, per prendervi i suoi diritti di primogenitura; ed essendovisi opposte le sue sorelle, ed avendo sostenuto che il titolo pel quale il sig. Landivisiau aveva questa terra era una vera vendita, che suo padre gliene aveva fatta per la detta somma, si giudicò che il suo titolo era donazione per anticipata successione, e che fosse in conseguenza fondato a far la collazione di questo fondo.

Per la stessa ragione, quando un padre, durante il matrimonio di suo figlio, gli cede un fondo perchè lo assolva di ciò, che gli deve, *puta* per un conto di tutela; quest' atto non è riputato essere una vendita che il padre faccia a suo figlio per lo prezzo della somma dovutagli; ma si reputa che questa cessione sia un accordo di famiglia ed un' anticipazione di successione; il figlio sarebbe parimenti succeduto a questo fondo, ed avrebbe fatta confusione di ciò che gli rimaneva a dare suo padre. Essendo adunque il figlio riputato aver questo fondo per anticipata successione, tale fondo è proprio di lui, e per conseguenza della comunione, sebbene essa durante sia stata fatta la cessione.

Osservate che non è proprio della comunione se non col peso di compensarla della somma che gli era dovuta da suo padre, essendo il credito di questa somma, come *mobile*, entrato nella comunione legale.

Parimenti, nel caso precedente il fondo donato da un padre ad un figlio coll' obbligo di pagare i suoi debiti, non è proprio di comunione, se non coll' obbligo d'indennizzarla della somma, che ne è stata presa per pagarli.

Applicazione della regola alle divisioni, licitazioni ed altri atti, che ne tengono luogo.

140. I fondi o altri immobili di una successione toccati ad alcuno nella divisione, ch' egli avesse fatta co' suoi coeredi, sono interamente suoi proprj, e non solamente la parte ereditaria, che gli fosse toccata nella divisione. Quando anche eccedessero l'ammontare della sua parte ereditaria, e fossero in conseguenza gravati di un compenso in danaro, essi sarebbero interamente suoi proprj e non solo fino alla concorrenza della sua parte ereditaria; per conseguenza, secondo la nostra regola, debbono anche essere interamente proprj di comunione, quando anche la divisione fosse stata fatta durante il matrimonio, salvo solamente il compenso che il conjuge erede deve della somma, che ne ha presa per pagare il conguaglio di cui era gravata la sua porzione.

Questa massima è presa dalla nostra giurisprudenza francese sulla natura delle divisioni.

Questi principj su tale materia sono intieramente opposti a quelli del dritto romano. Secondo il diritto romano una divisione veniva riguardata come una specie di permuta, in cui ciascun coerede cambiava le parti che aveva prima della divisione ne' fondi toccati a' suoi coeredi contro quelle, ch' essi avevano prima della divisione in quelli caduti nella sua porzione. Quindi cia-

scun erede veniva riputato non essere succeduto al defunto ne' fondi della sua porzione, se non per la parte di cui egli era erede, ed avere acquistato da' suoi coeredi le altre parti col peso delle ipoteche de' creditori particolari de'suoi coeredi; *l.* 6, § 8, ff. *com. div.*

Al contrario, secondo i principj del diritto francese, le divisioni non vengono considerate come titoli di acquisti; la parte che ciascun erede ha nei beni della successione prima della divisione, è una parte indeterminata; la divisione la determina ne' beni caduti nella porzione di questo erede. La divisione viene riputata non fare altro che determinare la parte in cui ciascun erede è succeduto al defunto, la qual parte era prima indeterminata, e viene poi determinata ai beni caduti nella sua porzione; col mezzo di questa determinazione fatta dalla divisione, o per l'effetto retroattivo, che le si dà in tempo della morte del defunto, si reputa che il defunto stesso nell'istante di sua morte abbia interamente messo in possesso ciascun erede nelle cose comprese nelle loro porzioni, coll'obbligo de' compensi; ciascun erede viene riputato esser solo succeduto in tutte le dette cose collo obbligo de'compensi se ve ne ha, e si considera, che niente abbia acquistato da'suoi coeredi per la divisione.

141. Questi principj hanno luogo non solo riguardo alla prima divisione che si fa tra i coeredi, ma anche nelle suddivisioni. Quando nella prima divisione sonovi restati alcuni beni ereditarj indivisi, fra tutti o solamente tra alcuni coeredi, vi rimane da far tra loro una suddivisione delle cose rimaste in comune: *nulla enim in æternum communio est*. La parte di ciascuno di questi coeredi, rapporto alle cose rimaste in comune ed indivise, è ancora indeterminata fino alla suddivisione che deve farsene; questa suddivisione la determina nelle cose, che toccano a ciascuno, ed ha, come la prima divisione, un effetto retroattivo al tempo della morte del defunto, di maniera che si reputa che ciascuno di essi sia solo succeduto al defunto in tutti i beni contenuti nella porzione, che gli è toccata nella suddivisione, e quindi niente avere acquistato da'suoi condividenti.

142. In conseguenza di questi principj il nostro Statuto di Orleans, seguito in questa parte da tutti quelli, che non se ne sono spiegati, decide, *art.* 15 e 113, che non è dovuto alcun emolumento nè feudale nè enfiteutico per le divisioni e suddivisioni, *ancorchè vi sieno compensi*, il che è una conseguenza de' nostri principj, che ciascun erede è riputato niente acquistare da' suoi coeredi con tali divisioni o suddivisioni, ma esser solo ed immediato successore in tutti i beni che compongono la sua quota coll'obbligo del compenso, quando n'è gravato.

143. È pure una conseguenza dei nostri principj, che dopo la divisione i creditori particolari de'miei coeredi non possono pretendere alcun diritto d' ipoteca sopra i fondi o altri immobili caduti nella mia porzione, sebbene la mia quota sia più grande della mia parte ereditaria e sia caricata di compensi; imperciocchè riputandosi, secondo i nostri principj, che io sia solo ed immediato successore del defunto nelle cose toccatemi, nè venendo riputato avere acquistato cosa alcuna dai miei coeredi, i di loro creditori non possono trovare nella mia porzione cosa alcuna, che abbia appartenuto al loro debitore, nè che possa esser soggetta alle loro ipoteche; essi non hanno che l'espediente di sequestrare la somma dovuta al loro debitore pel compenso della divisione, quando non sia ancora stata pagata.

144. La massima che noi abbiamo stabilita qui sopra, che gl'immobili toccati ad alcuno sieno suoi proprj in totale, tanto in materia di successione come di comunione, è parimenti una conseguenza di questi principj.

145. Questi principj sulla natura delle divisioni sono stati estesi alle licitazioni.

Si chiama *licitazione* un atto col quale de' coeredi o comproprietarj i quali avendo in una eredità, che è loro toccata in comune o in un acquisto fatto insieme, un fondo comune ed indiviso, che non si può dividere o che non credono conveniente che si divida, convengono tra loro che apparterrà in totale a quello tra essi, che lo porterà al più alto prezzo, con l'obbligo di dare a ciascuno degli altri una porzione del prezzo proporzionata al-

la parte, che aveva nella eredità o nello acquisto.

Queste licitazioni tra coeredi, avendo lo stesso oggetto, e lo stesso fine delle divisioni delle successioni, cioè di far cessare la comunione e l'indivisione de' beni ereditarj, vengono riguardate come atti che tengon luogo di divisione, e che ne hanno la stessa natura. Ulpiano, nella *legge* 22, § 1, ff. *famil. ercisc.*, riporta la licitazione fra le cose che fan parte dell'uffizio di un commissario incaricato di una divisione di eredità; *familiae erciscundae judex .... potest etiam licitationi admissa uni rem adjudicare.*

Essendo queste licitazioni atti, che tengon luogo di divisione, e che sono della natura stessa delle divisioni, sono stati loro applicati gli stessi principj, che il nostro diritto francese ha stabiliti sulla natura delle divisioni, e che noi abbiamo sopra riportati. La licitazione, come la divisione, non viene considerata come un titolo di acquisto: essa non fa altro se non determinare le parti, che ciascun erede licitante ha nella eredità; la parte di colui, che si rende aggiudicatario, viene determinata nel fondo, che si è aggiudicato per mezzo della licitazione, coll'obbligo di pagare agli altri, a titolo di compenso, la loro parte del prezzo; e le parti, che gli altri eredi licitanti hanno nella eredità, sono determinate alle parti del prezzo, che l'aggiudicatario loro deve; e mediante l'effetto retroattivo, che vien dato tanto alla licitazione quanto alle divisioni, l'aggiudicatario è riputato essere l'immediato successore del defunto nel totale del fondo, che gli è stato aggiudicato, coll'obbligo di pagare a'suoi coeredi la loro parte nel prezzo, e niente avere acquistato dai suoi coeredi i quali si reputano indennizzati del diritto indeterminato, che avevano nella eredità, colla parte del prezzo, che l'aggiudicatario è obbligato a pagar loro; e perciò non aver giammai avuto parte alcuna nel fondo licitato.

146. Sopra questo principio è fondato l'*art.* 80 dello Statuto di Parigi, ove dice: « Se il fondo non può dividersi tra'coeredi, e si ponga all'incanto in giudizio senza frode (1), non è dovuto alcun diritto per l'aggiudicazione fatta ad alcuno di essi ».

Questa decisione è una conseguenza de' principj da noi esposti; se lo Statuto decide che l'aggiudicazione fatta ad uno degli eredi non dà luogo ad alcun profitto di vendita, ciò è perchè, secondo questi principj, si reputa, che l'aggiudicatario non abbia cosa veruna acquistato da'suoi coeredi co-licitanti.

Giusta lo stesso principio, il fondo, che mi viene aggiudicato mediante la licitazione, non è ipotecato ai creditori particolari de'miei coeredi co-licitanti, i quali si considerano non avervi giammai avuto parte alcuna.

È pure una conseguenza dello stesso principio, che il fondo aggiudicato ad uno degli eredi mediante la licitazione gli è proprio pel totale in materia di successione, e per conseguenza in materia di comunione, salvo che questa deve essere indennizzata della somma presente per pagare il prezzo delle parti che ne erano dovute ai co-licitanti.

147. Osservate che queste parole, che trovansi nell'*art.* 80 dello Statuto di Parigi: *se il fondo non può dividersi*, e queste, *si ponga all' incanto in giudizio senza frode*, non debbonsi intendere *restrictive*, ma solo *enunciative*, e tutto ciò, che noi abbiamo esposto sulla natura, e gli effetti di una licitazione ha luogo, 1.° quando non siasi potuto dividere il fondo licitato, oppure quando le parti abbiano giudicato conveniente farne la licitazione; 2.° quando la licitazione sia stata fatta davanti il giudice in conseguenza di una domanda giudiziale, oppure sia stata fatta volontariamente davanti un notajo; 3.° quando la licitazione sia stata fatta tra i soli eredi o vi sieno stati ammessi degli estranei, purchè l'aggiudicatario sia un coerede. Imperciocchè la ragione che fa riguardare la licitazione come una specie di divisione, desumendosi dallo scopo, che hanno ambedue, cioè di far cessare la comunione e l'indivisione, così in tutti i casi

(1) Queste parole, *senza frode*, concernono il caso in cui, essendo stata fatta una divisione tra due coeredi, che avesse assegnato a ciascuno porzioni divise, l'uno di essi vendesse in seguito all'altro la sua porzione divisa; e per frodare il profitto di questa vendita, sopprimesse l'atto di divisione ignorato da colui, cui tal dritto è dovuto, e facesse comparire una licitazione fatta tra essi come se il fondo fosse ancora indiviso.

in cui s'incontra questa ragione, devesi riguardare la licitazione come una divisione, ed attribuirgliene gli effetti.

148. Non solo gli atti fatti in forma di licitazione, ma generalmente tutti quelli, che sembrano avere per fine principale di far cessare tra i coeredi la comunione e la indivisione, qualunque nome loro si dia, vengono riguardati, al pari delle licitazioni, come atti, che tengon luogo di divisione, ed a' quali vengono attribuiti gli stessi effetti delle divisioni.

Quindi se il mio coerede mi ha venduto la sua porzione indivisa di un fondo ereditario, sebbene l' atto sia concepito ne' termini di una vendita della sua porzione del fondo, pure, siccome devesi negli atti cercare piuttosto l'intenzione delle parti, che attaccarsi alle parole con cui sono concepiti, ed a'nomi che è piaciuto a'notaj di dar loro; e siccome il fine principale e l'intenzione delle parti avuta in questo atto, è di far cessare la comunione e l' indivisione del fondo, così tale atto, secondo la nostra giurisprudenza, non è considerato come una vendita, sebbene sia qualificato con questo nome, nè come una cessione; ma viene riguardato come un atto, che tien luogo di divisione, il quale altro non fa che determinare le nostre porzioni ereditarie su questo fondo; quindi la mia viene determinata sopra tutto il fondo coll'obbligo di pagare a' miei coeredi la somma convenuta, e quella del mio coerede viene determinata nel diritto di esiger da me questa somma. In conseguenza, in questo caso, come pure nel caso della licitazione, si reputa che io sia l' immediato successore del defunto nel totale del fondo, collo obbligo di pagare al mio coerede la somma, che gli tien luogo della parte indeterminata che aveva nella eredità: perciò quest' atto, come la licitazione, non dà luogo a'profitti dominicali; ed il fondo non è affatto soggetto alle ipoteche de' creditori particolari del mio coerede; esso è mio proprio pel totale in materia di successione, e per conseguenza in materia di comunione, salvo il compenso, come abbiam veduto qui sopra. *Ved* la decisione del 29 febbraio 1692, nel Giornale del foro.

149. Ciò che è stato giudicato pel caso in cui il mio coerede mi abbia venduto la sua parte indivisa, deve pure aver luogo nel caso in cui egli ne avesse meco disposto per enfiteusi redimibile o no, o per qualunque altro atto commutativo; ma se il mio coerede mi ha donato la sua parte indivisa di qualche fondo ereditario, o in generale di tutti i suoi diritti di successione, allora è evidente che, sebbene un tal atto faccia cessare l' indivisione, pure non può considerarsi, che tenga luogo di divisione, poichè nulla è più contrario all' essenza della divisione quanto l'atto con cui una delle parti venga ad avere tutto, e l' altra niente; perciò quest'atto non potendo passare, che per una vera donazione fattami dal mio coerede, i fondi dei quali mi ha donato la sua porzione indivisa saranno acquisti per tal porzione, e per conseguenza *acquisti* di comunione, se sono stati donati mentre essa dura.

150. Allorchè un coerede di mia moglie mi vende la porzione indivisa di un fondo, che ha in comune con essa, se si dica in quest' atto che io vi comparisco per mia moglie in qualità di suo marito, non v' ha dubbio che se ella non disapprova quest'atto, esso si reputi non esser altro che un atto il quale tien luogo della divisione, che aveva da farsi tra essa e questo coerede; basta anco per ciò, che dicasi, che un tale ha venduto a un tale *marito di una tale*; questa qualità di marito, che gli si dà nell'atto, fa conoscere ch' egli non contratta col coerede di sua moglie in suo proprio nome, ma in qualità di marito di una tal donna e per conseguenza per lei.

151. Ma se dicasi semplicemente, che un tale ha venduto a un tale la sua porzione indivisa, che ha nel fondo comune con esso e la moglie di questo tale, quest'atto dev'egli passare per un atto, che tenga luogo di una divisione, che io faccio per mia moglie col di lei coerede? Per la negativa si può dire, che non essendosi detto nello atto, che io vi compariva in nome di mia moglie, nè in qualità di suo marito, si reputa che vi sia comparso in mio proprio e privato nome, e perciò comprare per me solo la porzione del coerede di mia moglie.

Nondimeno io inclinerei a dire che, sebbene non siasi detto in quest'atto che io agisco per mia moglie, e in qualità di suo marito, pure debbasi presumere che abbia trattato col di lei coerede in questa qualità anzichè in mio proprio e privato nome; imperciocchè la qualità, che io ho di marito e di amministratore della persona e de'beni di mia moglie, deve facilmente far presumere, che negli atti, i quali concernono i di lei affari, io vi abbia agito per essa ed in qualità di marito, sebbene non siasi ciò espresso nell'atto: ora, l'atto di cui trattasi concerne gli affari di mia moglie, poichè tende a far cessare la comunione e l'indivisione tra lei ed il suo coerede; dunque devesi facilmente presumere, che io vi sia intervenuto nella mia qualità di marito e per mia moglie.

Invano si oppone, che la divisione di una eredità immobiliare pervenuta a mia moglie eccede il mio potere di amministratore de' suoi beni; imperciocchè da ciò seguirebbe solamente, che non solo in questo caso, ma anco nel caso in cui siasi detto espressamente, che io tratto in nome di mia moglie, l' atto non sarebbe valido, e non la obbligherebbe quando essa lo disapprovasse; ma non ne segue affatto, che se mia moglie non lo disapprova, non possa presumersi, che io abbia trattato in suo nome e che l'atto tenga luogo della divisione, che doveva farsi tra lei ed il suo coerede, e che in conseguenza il fondo sia pel totale proprio di mia moglie.

152. Se il coerede di mia moglie avesse venduto la sua porzione indivisa tanto a me come a lui, in questo caso sarà essa un acquisto di comunione? La ragione di dubitare è, che non si può dire in questo caso, che io abbia trattato in nome di mia moglie, e per lei sola; imperocchè non può considerarsi che uno tratti un affare per un'altra persona ed in di lei nome, se non quando questa persona non sia presente all'atto, nè tratti da se stessa; dunque nel caso presente, in cui mia moglie era presente all'atto ed io l'ho autorizzata a trattare da sè, non si può dire, che io trattava soltanto in suo nome e per lei sola; ora, si dirà, se io vi trattava in mio nome, ciò non poteva essere che per fare l'acquisto della porzione indivisa del coerede di mia moglie; l'atto adunque in questo caso, come rilevasi dalle sue parole, è una vera vendita, che il coerede di mia moglie fa tanto a me quanto a lei della sua porzione indivisa, la quale deve riputarsi *acquisto* di questa comunione.

Non ostante questo ragionamento, io credo che si debba decidere diversamente. Io convengo, che il marito ha trattato in suo proprio nome; ma non convengo, che ciò non poteva essere se non per fare l' acquisto della porzione indivisa del coerede di sua moglie; io penso, al contrario, che, sebbene egli abbia trattato in suo proprio nome, l'atto può passare per un atto, che teneva luogo della divisione, che doveva farsi del fondo. Cosa aveva egli da fare, dirassi, in questa divisione? Io rispondo che, sebbene questa divisione si avesse principalmente a fare tra sua moglie ed il di lei coerede, non ostante riguardava il marito per certi rapporti. Se la moglie aveva questo fondo in comunione col coerede in quanto alla proprietà, il marito l' aveva anche in comunione con esso rapporto al godimento, che apparteneva alla sua comunione per la porzione, che sua moglie ne aveva; la vendita, adunque, che il coerede di sua moglie fa tanto a lei quanto al marito può considerarsi come un atto in cui, per far cessare l' indivisione tra esso e i conjugi, consente che il fondo resti in totale alla moglie per la proprietà, ed al marito pel godimento, che deve averne durante la comunione, coll'obbligo però di pagare a questo coerede la somma convenuta nell'atto, la qual somma sarà pagata dalla comunione, che deve avere il godimento del fondo, e che in tempo della sua dissoluzione ne sarà indennizzata dalla moglie cui appartiene il fondo come suo proprio di comunione.

153. Allorchè la eredità è devoluta al marito, sebbene il coerede venda la sua porzione indivisa di qualche fondo ereditario al marito ed alla moglie, che a tale effetto interviene nell'atto, pure io credo che tale atto non si debba considerare se non come un

atto, che tien luogo della divisione, che avevasi a fare tra il marito ed il suo coerede, e che la moglie non deve riputarsi intervenirvi se non perchè, durante la comunione, deve partecipare al godimento di questo fondo nella sua qualità di comune, e per rendersi cauzione di suo marito delle obbligazioni, ch'ei contrae con questo atto verso il suo coerede ; in conseguenza, il fondo non lascia di essere considerato come proprio di comunione del marito, coll' obbligo di compensare la somma, che ne è stata presa per pagare il suo coerede.

154. Due eredi , l' uno paterno e l'altro materno, nello stesso grado, dividono insieme il mobiliare di una successione; l' erede paterno avendo preso con tal divisione una quantità di mobili assai maggiore di quella, che gli toccava per la sua metà, dà in compenso all'erede materno un fondo proprio paterno a cui era succeduto egli solo: non si può in questo caso supporre che l'erede materno sia succeduto al defunto in questo fondo paterno, poichè non era erede de' beni proprj di questa linea; questo fondo adunque non può considerarsi se non come un acquisto, ch' egli ha fatto dallo erede paterno pel conpenso da esso dovutogli per la divisione de' mobili, che è stata da essi fatta; d'onde viene che se la divisione è stata fatta durante la comunione legale di questo erede materno con sua moglie, questo fondo sarà un coacquisto di questa comunione.

155. Sarebbe diversa la cosa se l'erede paterno avesse dato questo proprio fondo paterno all'erede materno in vece della porzione, che gli toccava negli acquisti del defunto: imperciocchè dovendo gli acquisti del defunto , per la parte, che ne toccava a questo erede materno, esser proprj nella sua persona , e per conseguenza proprj di comunione, il fondo, che gli è stato dato invece, deve pure, per surrogazione, esser proprio di comunione , secondo la regola *infra*.

156. Vi sono alcuni Statuti , che contengono disposizioni contrarie ai principj, che abbiamo esposti sulla natura e sugli effetti delle divisioni e delle licitazioni. Per esempio, lo Statuto del Dunois, *art.* 44, dice: *per divisione di fondi censuali, niun profitto è dovuto al padrone del censo, se non vi è prestazione di danaro.*

Questo Statuto avendo deciso, che il profitto di vendita è dovuto quando la divisione sia fatta con *prestazione di danaro*, cioè, quando un erede, il quale ha una parte maggiore nella sua porzione ereditaria , sia obbligato a compensare il suo coerede, che ne ha una minore, o quando per licitazione egli siasi fatto aggiudicatario del totale del fondo, che era da dividersi, per lo prezzo che ha offerto; ed il profitto di vendita al quale esso sottomette in questo caso l' erede condividente tenuto al compenso in danari, o aggiudicatario per licitazione in danari, non essendo altro se non il profitto che è dovuto per gli acquisti i quali, essendo fatti in danaro, sono equipollenti alle vendite, ne viene evidentemente, che questo Statuto considera la divisione fatta col peso de'compensi in danaro, come un vero acquisto, che il condividente incaricato del compenso ha fatto di quella parte, che eccede la sua porzione ereditaria, e parimenti la licitazione come un vero acquisto a prezzo di danaro, che l'aggiudicatario fa delle parti de' suoi collicitanti nel fondo messo ad incanto.

Avendo questo Statuto considerato in tal maniera le divisioni fatte con obbligo di compenso in danaro o le licitazioni, devesene forse concludere, secondo lo spirito particolare di questo Statuto, che i fondi caduti nella porzione di un erede col peso di un compenso in danaro, debbono riputarsi acquisti fino alla concorrenza di ciò in cui eccedono la porzione ereditaria; e che il fondo del quale un erede si rende aggiudicatario per licitazione, in quanto alle porzioni dei coeredi debba riputarsi acquisto, e per conseguenza acquisto di comunione, se essa durante, è stata fatta la divisione o la licitazione? Io penso che anche sotto questo Statuto, come pure sotto tutti gli altri, che contengono simili disposizioni, i fondi toccati ad un erede per effetto di divisione, sebbene maggiori della sua porzione ereditaria, o de' quali egli siasi reso aggiudicatario per licitazione , sono proprj

pel totale in materia di successione, e per conseguenza ancora in materia di comunione, salvo il compenso, che alla comunione è dovuto.

È vero che, secondo lo spirito particolare di questi Statuti, opposto in ciò ai principj, che abbiamo esposti, e che sono adottati dagli altri Statuti, non si reputa, che tale erede sia immediato successore del defunto in ciò che egli ha oltre la sua porzione ereditaria nel fondo del quale si è reso aggiudicatario nella licitazione, o in quelli, che gli sono toccati in porzione nella divisione; ma se egli non vi è succeduto immediatamente, vi è succeduto al diritto di averlo in forza della divisione o della licitazione, che obbligava a fare l'indivisione della successione deferitagli insieme co' suoi coeredi; il che basta ond' egli venga riputato esservi succeduto, come abbiamo stabilito *supra*, n. 121, ed affinchè ciò, che gli è toccato in questa divisione o di cui si è costituito aggiudicatario nella licitazione, gli sia proprio per lo totale.

§ 2.

157. *Regola seconda.* Gli acquisti di ciascun conjuge non sono coacquisti se non quando il titolo o la causa del loro acquisto non ha preceduto il tempo della loro comunione; diversamente sono proprj di comunione.

Questa regola vien presa da queste parole del testo, *coacquisti fatti durante e stante il matrimonio:* non essendovi coacquisti fuor di quelli *fatti durante e stante il matrimonio* ne viene di conseguenza che i fondi, de'quali il titolo di acquisto precede il matrimonio, non sono coacquisti, ma beni proprj di comunione.

Molti esempj addur si possono di questa regola. Se prima del mio matrimonio io abbia comprato un fondo del quale non ne sia stato messo in possesso se non dopo del mio matrimonio, questo fondo non sarà un coacquisto, ma sarà proprio di comunione: è vero che io non ho cominciato a diventarne proprietario se non quando ne sono stato messo in possesso, e per conseguenza durante la comunione, ma il titolo di acquisto, ch' è il contratto di vendita, che me ne è stata fatta, era anteriore al mio matrimonio; dunque, secondo la nostre regola, il fondo deve esser proprio di comunione.

Allorquando in tempo del mio matrimonio io ho cominciato a possedere un fondo senza titolo, sebbene ne sia diventato proprietario durante la comunione col mezzo di un possesso, che si è verificato durante la detta comunione, tal fondo sarà proprio di comunione; imperciocchè il mio possesso, il quale è la causa dell' acquisto del fondo, avendo cominciato prima del matrimonio, la causa dell'acquisto ha preceduto il tempo della comunione, e per conseguenza, secondo la nostra regola, il fondo è proprio di comunione.

158. La nostra regola vale quando anche durante la comunione si fosse fatto luogo al titolo, che la ha preceduta. Per esempio, se una persona morta prima del mio matrimonio avesse disposto di un fondo a mio favore con una disposizione diretta o fedecommessaria sotto una certa condizione, la quale siasi adempita durante il matrimonio; sebbene in questo caso la disposizione testamentaria, che è il mio titolo di acquisto, abbia avuto luogo dopo il matrimonio e durante la comunione, per l' adempimento della condizione, pure il fondo sarà proprio di comunione; imperciocchè secondo la nostra regola basta che il testamento, il quale racchiude il titolo di acquisto, abbia preceduto il matrimonio, sebbene non siavisi fatto luogo che dopo.

Ma se il testatore fosse morto dopo il matrimonio, il mio titolo di acquisto non sarà riputato averlo preceduto, sebbene il testamento sia stato fatto e redatto prima delle mie nozze, e per conseguenza il fondo sarà un coacquisto: imperciocchè essendo di essenza del testamento che sia l' ultima volontà del testatore, nè potendo esserla se non colla sua morte, non può essere vero testamento senza la morte del testatore; prima non è che un progetto, dal quale non risulta alcun diritto, e che non deve avere il suo essere di testamento se non in tempo della morte del testatore.

159. Sebbene, secondo il nostro

principio, la donazione fatta ad un conjuge per contratto di matrimonio s' intenda sempre fatta sotto la tacita condizione, si *nuptiae sequantur*, ed in conseguenza non vi si faccia luogo se non in tempo del matrimonio, non ostante il fondo donato per contratto di matrimonio è proprio di comunione; imperciocchè il contratto di matrimonio, che rinchiude la donazione, è un titolo, che lo precede.

Lo Statuto di Orleans, *art.* 211, ne contiene una disposizione formale. Esso dice: *La cosa immobile donata ad un conjuge nel contratto ed a contemplazione del matrimonio è propria del donatario, quando non siasi detto il contrario.*

Questa disposizione dello Statuto di Orleans essendo fondata su i principj generali della materia della comunione, i quali servono a distinguere i conequisti ed i beni proprj di comunione, deve essere eseguita sotto gli Statuti, che non ne hanno fatta parola.

Vedi, *infra*, ciò che abbiamo detto sulla *quinta regola*, ove trattiamo più ampiamente delle donazioni fatte per contratto di matrimonio.

160. La nostra regola ha luogo, quando anche il titolo di acquisto, che ha preceduto il matrimonio, fosse prima stato invalido e soggetto a rescissione, e non fosse stato confermato se non durante la comunione. Per esempio, se prima del mio matrimonio mi è stato venduto un fondo per una somma inferiore alla metà del giusto prezzo, sebbene io abbia convalidato questa vendita durante la comunione, col pagare al venditore il supplemento del prezzo, pure il fondo sarà proprio di comunione, imperciocchè il mio titolo di acquisto non è il pagamento, che ho fatto del supplemento del prezzo, ma la vendita, che mi è stata fatta prima del mio matrimonio; il pagamento fatto in supplemento non fa che confermarla.

Per la stessa ragione, se, prima del mio matrimonio, io abbia comprato un fondo da un minore, sebbene questo minore, divenuto maggiore, non abbia fatta la ratifica se non durante la comunione, il fondo sarà proprio di comunione; imperciocchè il titolo di acquisto non è la ratifica intervenuta durante la comunione, ma la vendita, che mi è stata fatta prima del mio matrimonio; la ratifica non fa che confermarla.

Bisognerebbe decidere diversamente nel caso in cui prima del mio matrimonio io avessi comprato un fondo da una moglie sotto la potestà maritale, che me lo avesse venduto senza essere autorizzata, e che poscia, essendo rimasta vedova, avesse con una convenzione fatta dopo il mio matrimonio ratificato ed acconsentito alla esecuzione della vendita fattami allora; in questo caso il fondo è conequisto, imperciocchè la vendita che me n' è stata fatta prima del matrimonio, era un atto assolutamente nullo e che per conseguenza non era suscettibile di conferma; la convenzione intervenuta dopo il mio matrimonio e durante la comunione, tra questa donna rimasta vedova e me, non può passare per una conferma di quella che essa mi aveva fatta prima, la quale, essendo assolutamente nulla, non n' era suscettibile; essa è adunque una nuova vendita, che questa donna mi fa del suo fondo; e questo ne è il vero e solo titolo di acquisto: e questo appartenendo al tempo della mia comunione, il fondo è un acquisto comune.

161. Quando prima del mio matrimonio io ho comprato un fondo da uno, che me lo ha venduto in nome di colui, che ne era proprietario, dal quale esso non aveva procura, sebbene questo proprietario abbia fatto la ratifica soltanto dopo il mio matrimonio, ed io non ne sia in conseguenza divenuto proprietario, se non dopo tale mio matrimonio, non avendo potuto essermi trasferita la proprietà se non col di lui consenso, ciò non ostante devesi in tal caso decidere che il fondo è proprio di comunione; imperciocchè la vendita, che ne è stata fatta prima del mio matrimonio, è il mio titolo di acquisto, la ratifica del proprietario, che è intervenuta di poi non ha fatto che confermarla; ratificando ciò che è stato fatto in suo nome, si reputa che lo abbia fatto egli medesimo, secondo questa regola: *ratihabitio mandato comparatur*, e questa: *qui mandat, ipse fecisse videtur.*

162. Allorquando colui, che prima

pre precedere il matrimonio stesso; dunque le donazioni fatte dai conjugi nel contratto di matrimonio sono proprietà di comunione per quel conjuge a cui sono state fatte.

Questo caso di eccezione è anche formalmente espresso nel surriferito *art.* 211 dello Statuto di Orleans.

170. Ciò ha luogo pure quando anche la donazione fosse stata fatta ai due futuri conjugi : l' immobile non sarebbe perciò coacquisto, ma sarebbe proprio a ciascun conjuge per metà, il che è ben differente: imperciocchè il marito in quel caso non può disporre della metà, che appartiene alla moglie senza il di lei consenso, ed in caso di rinunzia alla comunione, la moglie o i suoi eredi possono ritenere detta metà come loro propria, invece che se fosse un coacquisto, il marito potrebbe disporre del totale senza il consenso della moglie; e se egli non ne avesse disposto, nè la moglie nè gli eredi di lei potrebbero, in caso di rinunzia, pretendervi parte alcuna.

Quantunque i termini della donazione di qualche immobile fatta nel contratto di matrimonio esprimano che essa è fatta ai *futuri sposi*, nondimeno quando uno di essi è figlio o discendente del donante, o anche suo erede presuntivo in linea collaterale, si presume facilmente che il donante abbia inteso fare la sua donazione a lui solo, nè siasi servito di queste parole *ai futuri sposi*, se non rapporto al godimento dell' immobile, il quale doveva esser loro comune durante la comunione; quindi esso immobile sarà di lui proprio pel totale.

Vi è ancor di più: quando nel contratto di matrimonio un parente della futura sposa della linea retta ascendentale, o anche un suo prossimo parente collaterale, del quale essa sia erede presuntiva, abbia fatto una donazione di qualche fondo in questi termini, *a contemplazione del matrimonio ha donato al futuro sposo un tal fondo*, quantunque nella donazione non si sia fatto parola della futura sposa, nonostante presumesi facilmente che il donante abbia voluto fare la donazione alla futura sposa, nè abbia inteso donare al *futuro sposo* in suo proprio nome, ma nella sua qualità di sposo, come avente in qualità di marito la prerogativa di accettare e di ricever ciò che vien dato in dote a sua moglie. Così ha insegnato Molineo nel caso di una donazione fatta nel contratto di matrimonio al futuro sposo dal padre della sposa: *Quamvis verba*, dice egli, *non concipiantur in filiam sed in futurum generum ; nisi specialiter dicatur genero pro se et suis, non censetur et data in sponsalitiam largitatem, sed in dubio censetur ei datum in dotem et pro dote sponsae . . ., videtur ipsi mulieri dare, non autem viro nisi in qualitate viri . . . manet erga domus dotalis et proprium patrimonium filiae.*

Alcuni Statuti hanno autorizzato queste presunzioni con una disposizione espressa, e ne hanno fatto una presunzione di dritto. Quello del Manese, *art.* 345, dice : « *La donazione fatta in contemplazione del matrimonio dell' erede presuntivo o presuntiva del donante* . . . supposto che sia fatta ai due conjugi, o a quello di essi, che non è erede del donante, si reputa fatta in favore del parente o della parente del donante ec. »

Negli altri Statuti è stato lasciato all' arbitrio del giudice il decidere, secondo le circostanze, a chi si presumesse fatta la donazione.

Osservate che quando la donazione è fatta nel contratto di matrimonio da un parente della sposa *al futuro sposo*, si può avere, secondo le circostanze, qualche pretesto d' intendere che sia fatta alla sposa, come abbiam detto più sopra ; *contra viceversa*, quando la donazione è fatta *alla futura sposa* da un parente dello sposo, non vi è alcun pretesto nè alcun colore sotto il quale si possa dispensare dal considerar questa donazione in altra guisa che come fatta effettivamente e veracemente alla sposa.

171. Il secondo caso di eccezione, che noi abbiam proposto, è quando la donazione è un' anticipazione di successione, o altro atto, che ne tenga luogo. Secondo questa regola non vi sono che gli acquisti, i quali possono esser coacquisti ; gl' immobili donati per antiticipata successione essendo pro-

prj e non acquisti, non possono essere coacquisti.

Lo Statuto di Parigi nell' *art.* 246 surriferito fa menzione del nostro secondo caso di eccezione in questi termini: *eccetto le donazioni fatte in linea diretta, le quali non cadono in comunione*.

172. Nondimeno se il padre o la madre di uno de' conjugi nell' atto della donazione, che gli hanno fatta, sia nel contratto di matrimonio, sia dopo il matrimonio avessero espressamente dichiarato che la loro volontà era, che il fondo donato entrasse nella comunione di questo conjuge, esso vi entrerebbe; questa clausola della donazione sarebbe una specie di mobilizzazione di questo fondo.

173. Se un padre nella donazione ch' ei fa di un fondo a suo genero e a sua figlia durante la loro comunione, abbia dichiarato che lo donava perchè appartenesse a ciascun di loro per metà si reputa aver egli voluto con questa clausola che il fondo entrasse nella loro comunione? No; ma secondo il senso ovvio delle parole, si reputa ch' egli abbia donato una metà di questo fondo a sua figlia e l' altra metà a suo genero; in conseguenza il fondo, per la metà che è stata donata alla figlia, sarà proprio di lei, per l' altra che è stata donata al genero sarà un acquisto della loro comunione; quindi quando si scioglie la comunione, se la moglie o i suoi eredi l' accettano, il marito non avrà, che un quarto nella totalità del fondo. Se tale donazione fosse stata fatta nel contratto di matrimonio, allora sarebbe proprio di ciascuno per metà.

174. Essendosi lo Statuto espresso indistintamente in questi termini, *in linea retta*, si è fatto questione, se i fondi donati da un figlio a suo padre durante il matrimonio fossero nel caso dell' eccezione, o dovessero essergli proprj di comunione. Renusson decide per l' affermativa, e si fonda sulla ragione, che lo Statuto si è espresso indistintamente senza distinguere la linea ascendentale o discendentale. Io credo ch' ei s' inganni. Se lo Statuto non ha distinto la linea retta discendentale dalla ascendentale, è, perchè gli è parso che tale distinzione si sottointendesse facilmente senza esservi bisogno di esprimerla: infatti questa eccezione è fondata sulla ragione, che le donazioni in linea diretta sono anticipazioni di successione o di un atto, che ne tenga luogo, e per conseguenza i fondi o altri immobili donati in linea retta sono proprj e non acquisti, i quali perciò non possono essere *coacquisti*: ora, egli è evidente, che questa ragione non può ricevere applicazione, se non per le donazioni fatte ad un conjuge da uno de' suoi parenti della linea retta ascendentale, non essendovi se non queste donazioni, le quali sieno anticipazioni di successione; non si può adunque parimenti dire, che le donazioni fatte ad un conjuge da uno de' suoi figli siano anticipazioni di successione; perchè ciò sarebbe un pervertire l' ordine naturale. I fondi donati a questo conjuge da uno de' suoi figli non sono nel caso dell' eccezione: essi non sono proprj, ma acquisti, e per conseguenza coacquisti, quando la donazione sia stata fatta durante il matrimonio.

Ciò ha luogo ancorchè la moglie di colui, a cui è stata fatta la donazione, non fosse che matrigna del donante. Se il figlio donante ha fatto questa donazione in età maggiore, e dopo che il padre gli aveva reso il conto della tutela, questa donazione sarà valida, e il fondo donato entrerà nella comunione, che vi è tra suo padre e la sua matrigna, purchè nell' atto non si fosse stipulato che sarebbe proprio del donatario.

Invano dirassi che non può presumersi, che il figlio donando un fondo a suo padre abbia avuto intenzione, che sua matrigna ne profittasse: se il donante non voleva che essa ne profittasse, era in suo potere d' impedirlo, apponendo alla donazione la clausola che il fondo donato sarebbe proprio del donatario: e non avendovela apposta, si reputa che abbia consentito che sua matrigna profittasse della donazione, come comune.

175. Lo Statuto di Parigi non eccettua, che le donazioni in *linea diretta*; perchè secondo tale Statuto, e secondo il diritto comune, non vi sono che le donazioni in linea diretta

le quali sieno riputate *anticipazioni di successione*. Negli Statuti che considerano come *anticipazioni di successione* le donazioni fatte all' erede presuntivo in linea collaterale, i fondi donati durante il matrimonio ad un conjuge erede presuntivo in linea collaterale del donante, debbono essere anche compresi nel secondo nostro caso di eccezione, come abbiamo veduto nella prima regola.

176. Il terzo caso di eccezione, proposto nella nostra quarta regola, è quando la donazione sia fatta a condizione che la cosa donata sia propria del donatario. Lo Statuto di Parigi nell'articolo che abbiamo riputato più sopra ne fa menzione; esso dice: *L' immobile donato ad un conjuge, durante il di lui matrimonio, a condizione che sia proprio del donatario, non entra nella comunione.*

Noi abbamo già parlato di questa clausola nel n. 102, nel caso in cui fosse apposta a una donazione di una somma di danaro o di altre cose mobili, nel qual caso egualmente che in questo la clausola, che le cose donate saranno proprie del donatario, impedisce che entrino nella comunione. Ciò è fondato su quel principio della ragion naturale, che è permesso a colui, che dona una cosa, di apporvi quelle condizioni o restrizioni, che gli parrà bene. Allorchè adunque il donatore non ha donato se non a condizione che le cose donate non entrassero nella comunione del donatario, il che ha bastantemente dimostrato dichiarando che saranno proprie del donatario, le cose donate non vi debbono entrare.

177. Osservate che quando la donazione è fatta tra vivi, acciocchè questa clausola sia valida, deve apporsi incontanente nell' atto di donazione: quando fosse apposta *ex intervallo* dopo la conclusione dell' atto con una condizione intervenuta tra il donante e il donatario, essa sarebbe nulla. La ragione è che le donazioni tra vivi ricevendo tutta la loro perfezione nel momento che si compie l' atto, non può essere in potere del donante di cambiarne l' effetto; avendo fin d' allora cessato le cose donate di appartenere al donante, nè quindi appartenendone più ad esso la disposizione, non può più prescrivere cosa veruna a loro riguardo. D' altronde le cose donate essendo state acquistate dalla comunione tostochè la donazione ha ricevuto la sua perfezione, non può più esserne spogliata.

Ciò ha luogo quando anche l' altro conjuge intervenisse nella convenzione fatta *ex intervallo*, e prestasse il suo consenso alla clausola che il fondo donato sarà proprio del conjuge donatario; imperciocchè questo consenso sarebbe un vantaggio, ch' ei verrebbe a fare durante il matrimonio al conjuge donatario, il che non è permesso, avendo le nostre leggi vietato ogni vantaggio diretto o indiretto tra i conjugi, durante il matrimonio.

Quando la donazione è fatta per testamento, non ricevendo queste donazioni la loro perfezione se non in tempo della morte del testatore, è in di lui potere di apporvi questa clausola finchè esso vive.

178. Quando anche io avessi sottoscritto al contratto di matrimonio del mio erede presuntivo, in cui si fosse convenuto che tuttociò, che perverrebbe a ciascun conjuge durante il matrimonio a titolo di successione, donazione, o in altro modo, entrerebbe in comunione, ciò non m' impedirebbe di poter validamente apporre alla donazione, ch' io poscia gli facessi, durante il matrimonio, la condizione, che le cose donate non debbono entrare in comunione: imperciocchè sottoscrivendomi a tale contratto di matrimonio io non mi sono perciò obbligato a non lasciare cosa veruna a quel conjuge, che fosse mio erede presuntivo: essendo stato padrone di disporre de' miei beni in favore di altre persone e di non lasciare a lui cosa alcuna, ha dovuto essere in mio potere, quando gli ho fatto una donazione, di apporvi quelle condizioni, che mi sono piaciute.

179. Nella donazione, che vien fatta ad un conjuge durante il matrimonio, la clausola che il fondo donato sia di lui proprio deve essere espressa, nè si presume perchè sia stata donata collo obbligo di una sostituzione; quindi il fondo donato non lascia di cadere in questo caso nella comunione colla

condizione della sostituzione, e sciogliendosi la comunione per la morte dell' altro conjuge, i suoi eredi prendono la loro parte in questo fondo, e ne godono finchè si faccia luogo alla sostituzione.

180. La clausola apposta alla donazione, che il donante fa al conjuge suo erede presuntivo in linea collaterale, che tale donazione gli è fatta in anticipazione di successione, racchiude ella la clausola, che il fondo donato sia proprio del donatario? Io penso che sì; è vero che la clausola con cui si dice, che la donazione è fatta in anticipazione di successione non può avere l' effetto, che la donazione sia veramente un' anticipazione di successione; perchè quest' anticipazione è un adempimento che alcuno fa al debito naturale della sua eredità, ed è impossibile, che una donazione fatta ad un erede presuntivo in linea collaterale sia un pagamento anticipato del debito naturale della sua successione, poichè noi non ne siamo debitori verso i nostri eredi collaterali, e ripugna che si paghi ciò che non si deve; questa donazione adunque non può essere un' anticipazione di successione, qualunque sia la clausola, che vi si è apposta: ed è altresì vero che questa clausola non può avere l' effetto di dare al fondo la qualità di bene patrimoniale e d' impedire, che sia acquisto finchè non sia ancora stato conferito nella successione del donante, non dipendendo dalla volontà delle persone, ma dalla natura del titolo la qualità di beni patrimoniali o di acquisti. Ma se questa clausola non può avere quegli effetti, che la natura delle cose non le permette di avere, ella deve aver quelli, che il donante, il quale la ha apposta, avrebbe potuto procurarle, e per conseguenza deve avere non solo l' effetto, che il donatario sia obbligato a conferire nella successione del donante il fondo che gli è stato donato con questa clausola, ma deve inoltre avere l' effetto che il fondo sia proprio del donatario, nè cada nella comunione, come non vi cadrebbe se gli fosse pervenuto dal donante a titolo di successione.

181. Se qualcuno durante la comunione ha fatto una donazione o un legato di una rendita vitalizia ad un conjuge, dicendo che *era pe' suoi alimenti*, parmi che il donante in questo caso abbia sufficientemente dichiarato la sua volontà, che la rendita fosse propria del conjuge donatario, senza che allo scioglier della comunione gli eredi dell' altro conjuge possan pretendere parte alcuna nelle annualità, che decorreranno dopo tale dissoluzione.

Quantunque il testatore non abbia detto che legava la rendita vitalizia per gli alimenti del legatario, pure ciò si può facilmente presumere sia per la qualità della persona del legatario, sia per altre circostanze; per esempio, quando un padrone ha costituito in legato una rendita vitalizia ad un suo domestico, si presume che tal legato sia pe' suoi alimenti ancorchè ciò non sia espresso: non cade per conseguenza nella comunione, senonchè per le annualità che decorreranno finchè durerà la rendita. Questa presunzione non ha luogo così facilmente nelle donazioni tra vivi, poichè non sono succettibili di una così estesa interpetrazione come i testamenti.

182. Ci resta da osservare, che la clausola, la quale dice che il fondo donato sarà proprio del donatario e non entrerà nella comunione, non concerne se non la proprietà di questo fondo; essa non impedisce che i frutti e le rendite ne cadano nella comunione, finchè durerà, siccome vi cadono i frutti degli altri beni proprj de' conjugi, il che ha luogo quando non vi è espressa convenzione contraria; imperciocchè essendo il donante padrone di apporre alla donazione quelle condizioni, che gli piacciono, egli può validamente stipulare che l' immobile donato non entrerà nella comunione nè per la proprietà nè pei frutti, e che il donatario potrà riprender quelli, che vi fossero entrati: ma questa clausola essendo insolita deve essere espressa.

183. Alle tre eccezioni, che abbiamo esposte, se ne può aggiungere una quarta, la quale è che le donazioni o i legati, sebbene fatti durante il matrimonio, non cadono in comunione, quando la cosa donata o legata ad un conjuge fosse di tal natura da non potere

sussistere che nella persona del conjuge donatario o legatario, nè possa comunicarsi ad altri. Per esempio, se il mio creditore di una rendita o di altra cosa mi fa una donazione o un legato durante il matrimonio, rimettendomi ciò che io gli debbo, questa donazione o legato per la natura della cosa legata non può cadere nella mia comunione, e io solo debbo profittarne; la liberazione da un debito è qualche cosa che non può sussistere se non in quello, che ne è il debitore, nè v' ha che esso il quale possa profittarne.

Sarebbe diversa la cosa se il legato non dicesse che il testatore rimette a un tale la rendita di cui egli è debitore, ma ch'egli lascia a titolo di legato a un tale la rendita di cui questi è debitore; in questo caso la rendita dovuta dal conjuge legatario cadrebbe nella sua comunione: imperciocchè la rendita, di cui egli è debitore, è una cosa che può cadervi. È vero, che si farebbe in questo caso confusione ed estinzione della rendita per quella parte, che il conjuge legatario debitore ha ne' beni della comunione, ma egli ne resterà debitore della altra metà verso l' altro conjuge il quale ha la metà de' beni della comunione.

184. Si può arrecare per secondo esempio il legato, che mi fosse fatto, durante il mio matrimonio, di un diritto di servitù prediale a comodo del mio fondo proprio di comunione, sopra un fondo del testatore vicino al mio; questo legato per la natura della cosa legata non può cadere nella mia comunione: imperocchè un dritto di servitù prediale è inseparabile dal fondo pel quale è costituito, e non può appartenere ad altri che al proprietario di questo fondo.

Non si può dir lo stesso del legato di un usufrutto fatto ad un conjuge durante il matrimonio; questo legato cade nella comunione: imperciocchè sebbene il fondo del dritto di usufrutto, *ipsum jus usufructus*, sia annesso alla persona dell' usufruttuario, nè possa passare in altri, pure in quanto all' emolumento ch' esso contiene, è cessibile e comunicabile, *usufructus vendi et locari potest*, e per conseguenza può cadere nella comunione del legatario.

185. *Regola quinta*. Allorchè durante il matrimonio un conjuge rientra in un fondo per causa di rescissione, di resoluzione, o di semplice cessazione dell'alienazione, ch' ei ne ha fatto, esso ritorna ad esserne proprietario collo stesso titolo col quale lo era quando lo ha alienato.

Corollario primo. Ne viene da questa regola che il fondo, nel quale il conjuge è rientrato durante il matrimonio, non entra nella comunione legale, se non quando fosse stato un coacquisto di comunione in tempo della alienazione, che ne è stata fatta allora, nel qual caso ritorna ad esser coacquisto come era.

Corollario secondo. Allorchè un fondo, nel quale il conjuge è rientrato durante il matrimonio, è stato alienato prima del matrimonio, esso non può giammai essere coacquisto, perchè il titolo in forza del quale ne era proprietario quando lo ha alienato, e che rivive, precedeva in questo caso necessariamente il tempo del matrimonio: ora, giusta la nostra regola, non sono coacquisti se non quelli dei quali il titolo non precede il tempo del matrimonio.

Questa regola ed i suoi corollarj sono evidenti; imperciocchè, non essendovi alcun nuovo titolo di acquisto in virtù del quale il conjuge ritorni ad essere proprietario del fondo nel quale egli rientra, è necessario che lo sia per lo stesso titolo col quale lo possedeva prima di alienarlo: il quale titolo rivive in questo caso per la rescissione, la resoluzione o la cessazione dell' alienazione, che n' era stata fatta.

186. La nostra quinta regola comprende tre casi.

Il primo caso è quello in cui un conjuge rientri in un fondo per la rescissione dell'alienazione, ch'ei ne aveva fatta; noi possiamo supporre per esempio di questo caso, che il conjuge abbia venduto un fondo e che in virtù di un' azione di rescisione ottenuta contro il contratto di vendita, sia per parte sua sia per parte del compratore, egli rientri nel fondo, che ha venduto, essendo stato dichiarato nullo il contratto e rimesse le parti nello stato primiero ; essendovi rientrato per la rescissione della vendita e della alienazione che ne aveva fatta, devesi

dire, secondo la nostra regola, che egli ne è ritornato proprietario coll' istesso titolo col quale lo era quando lo ha alienato; si può anche dire in questo caso, per una ragione di più, che essendo stata rescissa l' alienazione, si reputa che il conjuge non abbia alienato il suo fondo, ed esserne sempre stato proprietario collo stesso titolo che ha sempre avuto.

187. Il secondo caso della nostra regola è quello in cui il conjuge rientra nel fondo alienato, non per rescissione dell' alienazione, che ne ha fatta, ma per una semplice risoluzione di tale alienazione, la quale la distrugge per l' avvenire, ma la lascia sussistere pel passato; non si può dire in questo caso, come nel precedente, che il conjuge vien riputato non avere alienato il fondo nel quale egli rientra, e che ne sia semprestato proprietario collo stesso titolo che ha sempre avuto; ma si può sempre dire, che sebbene abbia veramente cessato durante un certo tempo di essere proprietario del fondo nel quale rientra, non essendovi alcun nuovo titolo di acquisto in virtù del quale egli ne ritorni proprietario, pure non può ritornare ad esserne proprietario se non collo stesso titolo col quale lo era quando lo ha alienato, come abbiamo detto di sopra.

Si possono addurre molti esempj di questo caso.

Esempio primo. Un conjuge, mentre non aveva figli, ha fatta donazione di un fondo ad alcuno, poscia essendo stata rivocata la donazione per la sopravvegnenza di un figlio, egli è rientrato in questo fondo durante il suo matrimonio; in questo caso vi rientra per la semplice risoluzione dell' alienazione che ne aveva fatta, poichè non v'ha alcun nuovo titolo di acquisto in virtù del quale ne ritorni proprietario; egli non può adunque ripigliarlo che collo stesso titolo che aveva quando lo ha alienato.

Esempio secondo. Un conjuge ha venduto un fondo col patto di ricompra; in virtù di questo diritto egli rientra in questo fondo durante il suo matrimonio: non si può dire che questo diritto, di cui ha fatto uso per ricomprare il fondo, sia una nuova vendita nè una retrocessione, che gliene abbia fatta il compratore; poichè per ricomprarlo non v' era bisogno di un nuovo consenso del compratore: questa ricompra non è adunque che la risoluzione della vendita e dell' alienazione, che questo conjuge aveva fatta del fondo in cui è rientrato; quindi non è un nuovo titolo di acquisto per cui ne diventi proprietario, e per conseguenza non può ritornarvi che collo stesso titolo col quale lo ha venduto.

188. Non importa che la risoluzione della donazione si faccia *ex causa antiqua necessaria et inhaerenti contractui*, come ne' due esempj precedenti, o che si faccia *ex causa nova*, come ne' seguenti.

Esempio terzo. Un conjuge, che aveva fatto donazione ad alcuno di un fondo, vi è rientrato durante il matrimonio in forza di un giudizio, che ha dichiarato rivocata la donazione per causa di ingratitudine; un tal giudizio non è un nuovo titolo di acquisto; esso non racchiude che una risoluzione della donazione e dell' alienazione: il conjuge non ritornando adunque proprietario in virtù di alcun nuovo titolo di acquisto, non può esserlo che con lo stesso titolo col quale lo era quando lo ha alienato.

Esempio quarto. Un conjuge è rientrato, durante il matrimonio, in un fondo che aveva alienato a titolo di enfiteusi, per l' abbandono, che gliene ha fatto l' enfiteuta durante il matrimonio, questo abbandono non è un nuovo titolo di acquisto, ma è una risoluzione dell' enfiteusi, che n' era stata fatta; il conjuge adunque in questo caso non ritornando proprietario del fondo in virtù di un nuovo titolo di acquisto, non può esserlo se non collo stesso col quale lo era quando lo ha dato ad enfiteusi.

189. *Esempio quinto*. Un conjuge il quale aveva venduto un fondo, vi rientra durante il matrimonio in virtù di una convenzione, che ha col compratore, il quale non aveva ancor pagato il prezzo del suo acquisto, o ne aveva pagato soltanto una parte, per cui questo compratore ha puramente e semplicemente desistito dalla vendita che glien' era stata fatta: questa desistenza non è una retrocessio-

ne nè una nuova vendita del fondo, che il compratore faccia a questo conjuge ; ma è una risoluzione di quella che questo conjuge gli aveva fatta; è piuttosto *distractus quam novus contractus.* Lo Statuto di Orleans, seguito su questo punto da quelli, che non sonosene spiegati, ne contiene una disposizione precisa nell' *art.* 112 , nel quale dichiara che non è dovuto un nuovo profitto di vendita per questa desistenza ; il che suppone che non racchiuda una nuova vendita, ma una semplice risoluzione della prima. Il conjuge, che in forza di questa desistenza rientra, durante il matrimonio, nel fondo, che aveva venduto, non ritornandone proprietario in virtù di un nuovo titolo di acquisto, non può ritornarlo che collo stesso col quale lo era quando lo ha venduto.

190. Questa decisione non ha luogo, se non quando la desistenza del compratore in virtù della quale il conjuge è rientrato nel fondo, che gli avea venduto, è una desistenza pura e semplice ; ma se ha avuto luogo per qualche aumento di prezzo, o con nuove condizioni , non è più una semplice desistenza, ma una retrocessione ; è una nuova vendita del fondo che questo compratore fa al conjuge, che glielo aveva venduto ; il conjuge vi rientra in virtù di questa convenzione che ha avuto col compratore durante il matrimonio, ne ritorna proprietario in forza di un nuovo titolo di acquisto; e questo nuovo titolo avendo avuto luogo nel tempo del matrimonio, il fondo è un coacquisto.

Parimenti, quando dopo che la vendita fatta da un conjuge sia stata intieramente consumata da una parte e dall' altra per la tradizione del fondo, e pel totale pagamento del prezzo , questo conjuge abbia fatto una convenzione col compratore durante il matrimonio onde gli retroceda il fondo per lo stesso prezzo ; questa retrocessione, sebbene fatta per lo stesso prezzo e colle stesse condizioni , non può considerarsi come una semplice desistenza dalla vendita fattagli ; imperciocchè non si può desistere dagli atti, che hanno ricevuto la loro piena esecuzione : *discedi potest ab actu inchoato non ab actu consumato* ; essa non può dunque considerarsi se non come una nuova vendita, che il compratore fa a questo conjuge del fondo, che gli aveva venduto, e come un nuovo titolo di acquisto in virtù del quale ne ritorna proprietario. E questo nuovo titolo avendo luogo in tempo del matrimonio, non v' ha difficoltà che il fondo diventi acquisto di comunione, quand' anche fosse stato proprio in tempo che fu venduto, a meno che la retrocessione non sia stata fatta espressamente per tener luogo del reimpiego dovuto a questo conjuge a causa della vendita , che avea fatta durante il matrimonio, nel quale caso sarebbe proprio di comunione per surrogazione, come vedremo *infra* sopra la regola 8.

La nostra decisione deve aver luogo quando anche non si fosse usato nell' atto del termine *retrocessione*, ma di quello *desistenza*; *puta*, se si fosse detto che *il compratore desiste dalla vendita di un tal fondo, che gli è stata fatta da un tale*, *e consente che questo tale vi rientri, restituendogli il prezzo, che ha pagato*, l' atto non dovrebbe meno passare per una vera retrocessione e per un nuovo titolo ; imperciocchè negli atti devesi piuttosto considerare la natura che le parole colle quali sono concepiti : *magis spectandum id quod actum est , quam verba.*

191. Il terzo caso della nostra regola è quando il conjuge rientra in un fondo per la cessazione dell' alienazione, che ne ha fatta, per esempio, quando lo abbia alienato per un certo tempo o fino alla verificazione di una certa condizione, e vi rientra perchè sia trascorso quel tempo e siasi verificata quella condizione ; ritornando in questo caso proprietario del fondo senza alcun nuovo titolo di acquisto, vi ritorna con lo stesso titolo col quale lo era quando l' ha alienato.

192. *Regola sesta.* Ciò che è unito ad un fondo con una unione reale , ne segue la natura; quindi ciò, che viene unito ad un fondo proprio di comunione con un' unione reale, sebbene durante il matrimonio, diventa proprio come lo è il fondo a cui viene unito.

La ragione è che ciò, che viene unito ad un fondo con un' unione reale, non facendo se non un solo e medesimo corpo ed una sola e medesima cosa col fondo cui è unito, non può avere altra qualità che quella del fondo; quindi non essendo qualche cosa di distinto realmente da un tale fondo, esso non può avere alcuna qualità, che gli sia propria e distinta da quella del fondo a cui è unito; ecco il caso della massima: *accessorium sequitur naturam rei principalis.*

Esempio primo. Quando il proprietario di un fondo vicino ad un fiume navigabile ottiene per concessione del principe il diritto di alluvione, cioè, di avere gli aumenti che il fiume venisse a fare al suo fondo, i quali senza una tale concessione appartengono al Re, gli aumenti che sonosi fatti, sebbene durante il matrimonio, non sono coacquisti, ma sono proprj, se il fondo è tale; imperciocchè essendo uniti a questo fondo con un' unione reale e naturale, nè facendo per conseguenza con esso se non una sola e medesima cosa, un solo e medesimo fondo, non possono avere altra qualità che la sua.

Esempio secondo. Quando si è costrutto un edifizio sopra un terreno proprio di comunione, sebbene durante la comunione, questo edifizio venendo riputato non fare che una sola e medesima cosa col terreno sul quale è costrutto, ed essendone un accessorio secondo la regola: *aedificium solo cedit.* Inst. *de rer. divis.* § 31; esso, secondo questa regola, *accessorium sequitur naturam rei principalis,* deve avere la stessa qualità di proprio di comunione, che ha il terreno, restando però a carico del conjuge proprietario del terreno d' indennizzarla, come vedremo *infra.*

193. Non è lo stesso dell' unione puramente civile. Per esempio, se io ho acquistato un fondo durante il mio matrimonio, il quale dipendeva in qualità di feudo o di censuario da una terra feudale, che era mia propria di comunione; sebbene questo fondo sia riunito al mio feudo dal quale dipendeva, e non faccia più con esso che un solo e medesimo feudo, pure non lascerà di esser coacquisto, nè avrà la qualità di proprio, che ha il mio feudo da cui dipendeva; imperciocchè sebbene esso sia riunito al mio feudo e non faccia più con esso che un medesimo feudo, questa unione non è che una unione civile, una unione di feudo, la quale non è nè reale nè naturale; quindi il fondo, che io ho acquistato, non ostante questa unione di feudalità, è realmente un corpo differente e distinto dalla mia terra da cui dipendeva in qualità di feudo, e per conseguenza è suscettibile di una qualità differente; niente dunque impedisce che sia un coacquisto sebbene la mia terra sia propria.

194. Parimenti quando l' unione, che si è fatta di un fondo, che io ho acquistato durante il mio matrimonio, con un fondo, che era mio proprio di comunione, non è che di semplice destinazione, questa unione non impedisce che il fondo sia coacquisto. Per esempio, se io ho acquistato durante il mio matrimonio un pezzo di terra vicino alla mia possessione, che è mia propria di comunione, e che dopo abbia compreso questo pezzo di terra nuovamente acquistato con le terre anticamente dipendenti dalla mia possessione nell' affitto che ne ho fatto, dessa non lascerà di essere un coacquisto, e non avrà la qualità di propria, che ha la mia possessione: imperciocchè questa unione non consiste se non nella sola destinazione del padre di famiglia, e non è un' unione reale; poichè quantunque io abbia compreso il pezzo di terra nuovamente acquistato nell' affitto della possessione, esso è però realmente separato e distinto dalle antiche terre, che sono mie proprie, come lo era prima ch' io l' avessi compreso nell' affitto, e anche prima che l' avessi acquistato, e per conseguenza può avere una qualità differente.

Sarebbe lo stesso se io avessi incluso nel mio parco un pezzo di terra nuovamente acquistato, riportando più oltre le muraglie del mio parco; ciò non impedisce che questo pezzo di terra sia un acquisto di comunione, sebbene il resto del mio parco ne fosse un proprio; perocchè una tale unione, che unisce questo pezzo di terra al resto del mio parco non

è se non un' unione di semplice destinazione, e non una unione reale; quantunque sia incluso nel mio parco, esso non cambia di posto e n' è realmente distinto dalle altre terre del medesimo, come lo era prima.

Parimenti quando un conjuge, durante la comunione, abbia comprato la casa vicina ad una, che era sua propria, e che di due ne abbia fatto una sola, questa unione non è, che una unione di sola destinazione: imperciocchè il fondo della cosa nuovamente acquistata resta realmente distinto come quello dell'antica; non deve dunque prendere la qualità di proprio, che appartiene all'antica, ma è un acquisto di comunione.

195. *Regola settima*. Ciò che resta di un fondo ne conserva la qualità come la conservano i dritti, che si ritengono allorchè si aliena; quindi ciò, che rimane di un fondo proprio di comunione, è proprio di comunione del pari, che i dritti, che sonosi ritenuti in questo fondo o rapporto ad esso, quando è stato alienato.

Per esempio, se venisse incendiata una casa propria di comunione, durante il matrimonio, l'area e i materiali, che rimangono, conservano la qualità di proprj, che la casa aveva; essi conservano anche la qualità di proprj in materia di successione se la casa incendiata l' aveva.

Osservate che, riguardo ai materiali, essi conservano la qualità d'immobile finchè non si è abbandonata l' intenzione di riedificare la casa, e d' impiegarli a tale riedificazione, come abbiamo veduto *supra*, n. 62. Quando pare, che una tale intenzione sia abbandonata, dessi rimangono mobili e non sono per conseguenza più suscettibili della qualità di proprj in materia di successione; ma quantunque divenuti mobili, conservano sempre la qualità di proprj di comunione; perchè le cose, che provengono da una proprietà di comunione, sebbene di natura mobiliare, non entrano in comunione, come abbiamo veduto *supra*, n. 96.

196. Parimenti, i dritti, che si ritengono alienando un fondo proprio di comunione, rimangono pure proprj, e non solo quelli, che si ritengono nel fondo stesso, come sono i dritti di censo, di rendita prediale, di usufrutto ec., che si chiamano *jus in re*; ma anche i dritti, che si ritengono per una cosa, che tendono a rientrarvi un giorno, che si chiamano *jus ad rem*, come sono quelli che nascono da una clausola di ricompra o da qualche altra clausola resolutoria espressa o tacita, colla quale è stata fatta l'alienazione.

197. *Regola ottava*. I fondi e gli altri immobili, sebbene acquisti durante la comunione, ne sono proprj per la finzione della surrogazione quando sono stati acquistati in luogo di una proprietà di comunione, e per starvi in sua vece.

Per intendere questa regola bisogna spiegare cosa sia la finzione di surrogazione.

Questa è una finzione di dritto colla quale una cosa da me acquistata invece di un'altra che ho alienato, prende la qualità della cosa alienata in luogo della quale è stata acquistata, ed a cui viene surrogata.

Questa finzione non ha luogo, se non riguardo alle qualità estrinseche di una cosa, come è la qualità di essere un bene proprio, o patrimoniale, o proprio di comunione; ma non ha luogo riguardo alle qualità intrinseche. Si chiamano qualità intrinseche quelle, che ha una cosa in qualunque mano essa passi; tali sono le qualità di mobile, d'immobile, di fondo feudale o enfiteutico. Se io acquisto una cosa mobile invece di un immobile, che ho alienato, questa cosa non potrà acquistare la qualità d' immobile colla finzione di surrogazione. Parimenti se acquisto un fondo enfiteutico invece di un feudale, che ho alienato, questo non potrà acquistare la qualità di feudale, perchè la qualità d'immobile e di feudale sono qualità intrinseche.

Perchè la finzione di surrogazione abbia luogo, bisogna ancora, che la cosa, che io acquisto invece d'un' altra che ho alienata, sia capace e suscettibile della qualità della cosa alienata; quindi se io ho acquistato una cosa mobile invece di un fondo patrimoniale, che ho alienato, *puta*, cambiando il mio fondo patrimoniale per un

diamante o per un quadro, questo diamante e questo quadro non potranno, mediante la finzione della surrogazione, acquistare la qualità patrimoniale o propria in materia di successione, che aveva il mio fondo, perchè soltanto gl' immobili sono suscettibili di tali qualità; un diamante, un quadro, essendo cose mobili, non ne sono suscettibili.

Ma i mobili essendo suscettibili della qualità di proprj di comunione egualmente, che gl' immobili, allorchè il fondo proprio di comunione di uno de'conjugi sia stato alienato, essa durante, per una somma di danaro o altre cose mobili, questa somma o altre cose hanno in forza della surrogazione la qualità di proprie di comunione di questo conjuge, ed in conseguenza non cadono in comunione se non col peso del prelevamento a profitto di questo conjuge.

Finalmente, acciocchè una cosa acquisti la qualità di quella, che ho alienata, in forza della finzione di surrogazione, bisogna che ella mi tenga immediatamente luogo di quella, che ho alienato. Per esempio, se io ho permutato il mio fondo patrimoniale contro un altro fondo, quello, che io ho acquistato in cambio del mio, avrà, per la finzione della surrogazione, la qualità di bene patrimoniale, e di proprio in materia di successione, come aveva quello, che ho alienato.

Al contrario, se ho venduto il mio fondo patrimoniale per una certa somma di danaro per la quale il compratore me ne abbia costituita una rendita, questa rendita costituitami dal compratore non acquisterà in forza della surrogazione la qualità di bene patrimoniale e di propria in materia di successione, che aveva il fondo da me venduto, sebbene questa rendita, che è un immobile, sia suscettibile di tale qualità; imperciocchè questa rendita non mi tiene immediatamente luogo del fondo, che ho venduto, ma piuttosto mi tien luogo del prezzo per lo quale l' ho venduto, e pel quale essa mi è stata costituita. Ciò, che mi teneva immediatamente luogo del fondo, che ho venduto, era il prezzo pel quale l' ho venduto; la qualità di *bene patrimoniale*, che aveva questo fondo non avendo potuto passare nel prezzo, il quale essendo mobile non ne era suscettibile, si è estinta, e non ha potuto passare nella rendita, che mi è stata costituita. Ma questa rendita, sebbene mi sia stata costituita durante il matrimonio nel contratto di vendita, che ho fatto durante il detto matrimonio, e sebbene sia un acquisto fatto durante il matrimonio, nondimeno non sarà coacquisto, ma mediante la surrogazione diverrà propria di comunione; imperciocchè questa qualità di *propria di comunione*, essendo una qualità della quale le cose mobili sono suscettibili del pari, che le immobili, questa qualità è passata dal mio fondo nel prezzo pel quale l'ho venduto, e dal prezzo nella rendita, che me n'è stata costituita.

Allorchè il conjuge nel contratto di permuta, che ha fatto durante la comunione, ha pagato una somma di danaro per conguaglio del fondo, che ha ricevuto in iscambio del suo, il fondo ch' egli ha ricevuto in cambio sarà egli coacquisto *prorata* della somma pagata? D' Argentrè, sull'*art.* 418 dello Statuto di Brettagna *gl.* 2, *n*, 3, seguito da Lebrun e Duplessis, decide, che non ostante il conguaglio non lascerà di esser proprio per lo totale, salvo solamente l' indennità dovuta alla comunione per la somma, che n'è stata levata per pagare il conguaglio. La ragione è che il conguaglio non è se non un accessorio del contratto, che non deve cambiarne la natura; questo contratto, non ostante il conguaglio, è principalmente un contratto di permuta, che il conjuge ha fatta del suo fondo proprio contro un altro, il quale rende proprio di surrogazione il fondo ricevuto incambio. Se però il conjuge, per acquistare il fondo ricevuto in cambio, avesse dato una somma eguale presso a poco al valore del fondo dato in permuta, o che anche lo sorpassasse, non si potrebbe fare a meno di considerare il contratto come un contratto misto, di vendita cioè e di permuta, ed in conseguenza il fondo acquistato sarebbe coacquisto *prorata* della somma data per acquistarlo, e proprio di surrogazione pel di più solamente.

198. Allorchè durante la comunione io compro un fondo con dichiarazione, che lo compro co' danari miei proprj, *puta*, che provengono dal prezzo della vendita, che io aveva precedentemente fatta di un fondo proprio, durante la comunione, o quando si dica, che è per tener luogo di rinvestimento del prezzo di questo fondo; allora il fondo acquistato con questa dichiarazione, sebbene acquistato durante la comunione, ha, in forza della surrogazione, la qualità di proprio di comunione, che avevano i danari provenuti dal prezzo della vendita del mio fondo, o l'azione di rinvestimento di cui mi tien luogo.

Se io lo avessi comprato per un prezzo maggiore di quello pel quale io aveva precedentemente venduto il mio fondo di comunione, non ne sarà proprio per surrogazione, se non fino alla concorrenza del prezzo pel quale ho venduto il mio proprio fondo; il di più sarà coacquisto. Per esempio, se io ho venduto il fondo mio proprio pel prezzo di dodici mila lire, e ne abbia comprato un altro pel prezzo di ventiquattro mila, colla dichiarazione, che era per tenermi luogo del rinvestimento del prezzo, che m' era dovuto di quello, che ho venduto per dodici mila; questo fondo nuovamente acquistato non sarà proprio di comunione per surrogazione, se non fino alla concorrenza di 12,000 lire, cioè per la metà: pel di più sarà *acquisto:* quindi si reputa in questo caso, che io abbia fatto l' acquisto per metà a mio conto particolare e tenermi luogo di rinvestimento, e per l' altra metà averlo fatto a conto della comunione.

Nondimeno se fosse poco considerabile la somma della quale il prezzo del nuovo acquisto eccede quella del rinvestimento, che mi è dovuto, io penso che dovrebbe riputarsi aver io fatto l'acquisto totalmente per mio conto, coll'obbligo d' indennizzare la comunione di ciò, che ho preso per questo acquisto oltre la somma del rinvestimento dovutomi. Per esempio, se io avessi venduto il mio fondo per lo prezzo di 12,000 lire, e ne avessi impiegate 13,000 per acquistarne un altro, con dichiarazione, che esso mi tien luogo del rinvestimento dovutomi; io penso, che sia più ragionevole riputarsi aver io fatto questo acquisto totalmente a mio conto, e che sia mio proprio in totale coll' obbligo d' indennizzare alla comunione le mille lire, anzichè considerar questo acquisto come fatto per la tredicesima parte a conto della comunione in cui la moglie non ne avrebbe, che la vigesimasesta.

Acciocchè la dichiarazione possa rendere il fondo nuovamente acquistato proprio di comunione in forza della surrogazione, bisogna che questa dichiarazione sia fatta *incontinenti* nel contratto di acquisto: se questo fosse stato fatto senza tale dichiarazione, si farebbe inutilmente *ex intervallo*, imperciocchè essendo il fondo divenuto coacquisto quando è stato acquistato, la comunione non può più esser privata di una cosa che ha una volta acquistato, per causa di questa dichiarazione, che venisse a farsi *ex intervallo*.

199. Allorchè durante il matrimonio il marito acquista un fondo per servire di reimpiego de'beni proprj della moglie, bisogna parimenti che si faccia nel contratto di acquisto la dichiarazione, che il fondo è acquistato per tener luogo di tale rinvestimento; ma questa dichiarazione non è sufficiente per se stessa acciocchè il fondo tenga luogo di tale rinvestimento, e sia in conseguenza *proprio di comunione della moglie per surrogazione*; bisogna inoltre che la moglie vi acconsenta.

In forza di tal consenso, il fondo o altro immobile acquistato perchè le serva di rinvestimento, diventa per surrogazione proprio della moglie, e sta a suo rischio, come vi sono tutti gli altri suoi beni proprj; quindi se una casa acquistata perchè le tenga luogo di rinvestimento, dopo il consenso, ch'ella vi ha prestato, venisse ad essere incendiata da un fulmine, la perdita cadrebbe sopra la moglie e non sopra la comunione; essa non può pretendere altro fuorchè il suolo e i materiali, che ne rimangono.

Per la stessa ragione, se il marito avesse acquistato una rendita per servir di reimpiego a sua moglie, la quale rendita diventasse in seguito caduca per l'insolvibilità del debitore, la moglie che ha prestato il suo consenso ad

un tale rinvestimento, deve sola sopportarne la perdita.

Non ostante Lebrun, *l.* 3, *cap.* 2, *sez.* 1, *dist.* 2, *n.*° 84, decide che se la rendita sia diventata caduca prima dello scioglimento della comunione, la moglie non è obbligata ad adossarsela, sebbene abbia acconsentito ad un tale rinvestimento; perchè il marito come amministratore di sua moglie era obbligato a impiegar bene i danari di lei. Io duro fatica ad indurmi a credere che la moglie avendovi prestato il suo consenso in età maggiore, possa essere ammessa a rifiutarlo.

Se la moglie, quando ha acconsentito ad un tale rinvestimento, era in età minore, non v'ha dubbio che in questo caso possa farsi restituir in intiero contro un tale consenso.

200. Perchè un fondo o altro immobile acquistato dal marito con dichiarazione che serve di rinvestimento alla moglie, sia proprio di surrogazione, bisogna che questa dichiarazione venga espressa nel contratto di acquisto; ma non è parimenti necessario che il consenso della moglie venga espresso nel contratto e nello stesso tempo: la moglie può prestarlo *ex intervallo*: e finchè questo consenso non venga prestato, la dichiarazione fatta dal marito nel contratto di acquisto, che ha acquistato il fondo per rinvestirne i beni proprj di sua moglie, tien sospeso lo stato e la qualità del fondo; se la moglie ratifica e consente a questa dichiarazione, avendo le ratifiche un effetto retroattivo, secondo la regola di diritto *ratihabitio mandato comparatur*, *l.* 152 *alias* 194, n. 2, ff. de *r. j.* (1) il fondo verrà riputato, dal momento dell' acquisto, essere stato acquistato per farne rinvestimento alla moglie, e per conseguenza essere sempre stato proprio di comunione della moglie per surrogazione; se, al contrario, ella rifiuta di accettare questo fondo pel suo rinvestimento, allora sarà coacquisto; la dichiarazione servirà solamente in questo caso a dare alla moglie un' ipoteca privilegiata sopra questo acquisto per l' indennità di cui è creditrice.

Quando la moglie abbia lasciato passare tutto il tempo del matrimonio senza spiegarsi se intendeva approvare la dichiarazione fatta dal marito nel contratto di acquisto, è ella in diritto dopo lo scioglimento del matrimonio di accettarlo pel suo rinvestimento malgrado gli eredi del marito? Duplessis tiene la negativa; egli trova che la moglie, non spiegandosi, ha sempre lasciato il fondo a rischio della comunione, essendo sempre stato in suo potere di rifiutarlo, se il fondo avesse diminuito di prezzo; quindi non sarebbe equo, ch' ella, accettandone l' impiego, potesse profittar dell' aumento, che vi fosse sopravvenuto. Altri autori, non ostanti queste ragioni, pensano che fin tanto che la moglie non è stata costituita in mora di spiegarsi, non solo essa stessa, ma anche i suoi eredi sono in diritto di prender l' acquisto a suo conto.

Se la moglie si fosse sottoscritta o fosse stata presente al contratto di acquisto in cui il marito abbia dichiarato, che ha fatto l'acquisto per servir di reimpiego alla moglie, sebbene non siasi espresso nel contratto che la moglie ha accettato questo fondo pel suo rinvestimento, pure la presenza o la sottoscrizione della moglie al contratto, in cui è compresa questa dichiarazione, è una sufficiente accettazione, e per conseguenza non v'ha dubbio, in questo caso, che tale fondo debba essere in di lei rinvestimento ed una proprietà di comunione della moglie per surrogazione.

201. Quantunque la moglie creditrice del rinvestimento de' suoi beni proprj abbia acquistato unitamente a suo marito un fondo durante il matrimonio, se nel contratto di tale acquisto non vi è una dichiarazione espressa, che viene acquistato per rinvestirne i beni proprj della moglie, non potrà farsi da ciò solo induzione che la moglie l' abbia acquistato con suo marito e che l' acquisto sia stato fatto per rinvestirnela; quindi per mancanza di dichiarazione, sarà coacquisto.

(1) Quantunque la legge d'onde è presa questa massima tratti dei delitti, nondimeno ha egualmente luogo in materia di contratti; e la ratifica ch' io faccio di un contratto fatto in mio nome equivale a un mandato. V. Cujacio *ad* l. 60, ff. de R. J.

Questa decisione deve soprattutto aver luogo, quando nel contratto di acquisto vi rimanessero alcune obbligazioni da compiersi verso il venditore; in questo caso vi appare una ragione per cui la moglie abbia comprato unitamente a suo marito, quale è quella di dare maggior sicurezza al venditore per le obbligazioni, che rimanevano a compiersi; ma quando anche tutte le obbligazioni de' compratori fossero state totalmente adempiute nel contratto, coll' intiero pagamento del prezzo, di cui si fosse fatta quietanza nello stesso contratto, e che anche vi fosse superfluo l' intervento della moglie, nonostante io penso che bisognerebbe pure decidere che per mancanza di dichiarazione il fondo è coacquisto.

102. Il principio che finora abbiamo esposto, ha sofferto nel 1720 una eccezione in questo caso, cioè quando i mariti avessero ricevuti i riscatti delle rendite proprie delle loro mogli in biglietti del banco reale, che allora erano in corso. Per una dichiarazione del re emanata in quel tempo, i mariti sono stati autorizzati ad impiegare i biglietti di banco in rendite sopra l' *Hôtel-de-ville* e in rendite provinciali; quindi quelle rendite, che un marito avesse acquistate in quel tempo durante il matrimonio, con dichiarazione fatta nel contratto di costituzione che i biglietti di banco, pe' quali esse rendite sono costituite provengono dal riscatto delle rendite proprie di sua moglie, essa ne viene rinvestita senza che per ciò vi abbia bisogno che v' intervenisse il di lei consenso, e sono sue proprie di comunione per surrogazione.

203. *Regola nona*. Un fondo o altro immobile del quale non trovisi il titolo di acquisto, nel dubbio si presume acquisto di comunione, quando niuna parte può giustificare che le abbia appartenuto prima del matrimonio e che fosse di lei proprio.

La ragione di questa regola è evidente: quel conjuge, il quale pretendesse che il fondo fosse suo proprio, deve provarlo secondo la regola di diritto: *ei incumbit probatio qui dicit*; *l.* 2, *ff. de probat.* Niuno dei due potendo provarlo non può esser proprio di veruno di essi; e per conseguenza non può considerarsi, se non come un coacquisto.

Questa giustificazione può farsi non solo con titoli, ma in mancanza di questi colla sola prova testimoniale; quindi io penso che un conjuge o i suoi eredi, i quali reclamino un fondo come loro proprio, debbono essere ammessi a provare che lo possedeva prima del matrimonio. Ciò è stato benissimo osservato dal nuovo commentatore dello Statuto della Roccella. Sarebbe pericoloso di non ammettere altra prova che quella, che risulta dai titoli, poichè si possono celare.

ARTICOLO III.

De' frutti de' beni proprj.

204. I frutti de' fondi o altri beni proprj di ciascun conjuge, percepiti, nati e scaduti durante la comunione, sono la terza specie di cose che compongono la detta comunione

Dovendo tutti i pesi del matrimonio cadere sulla comunione, era giusto di darle questi frutti per sostenerli.

Si dirà forse che i frutti de' beni proprj di ciascun conjuge percepiti o scaduti durante la comunione, essendo cose mobili, entrano, per la loro qualità di mobili, nella comunione legale nella quale entrano tutti i beni mobili di ciascun conjuge, come lo abbiamo veduto nell'articolo primo; che perciò è inutile di considerare questi frutti nella loro qualità di *frutti*, e farne una terza specie di cose, che compongono la comunione legale.

Io rispondo che ciò non è inutile, e che la qualità di frutti, che hanno queste cose, è una qualità particolare che hanno per entrare nella comunione legale, distinta dalla loro qualità generale di mobili, e che ve li fa entrare in certi casi, ne' quali la sola loro qualità generale di beni mobili non ve li farebbe entrare.

Difatti il principio che tutti i beni mobili di ciascun conjuge entrano nella comunione, soffre eccezione riguardo a quelli, che sono provenuti dai loro beni proprj, essa durante, come sono gli alberi di alto fusto atterrati sopra il fondo di uno de' conjugi,

durante la comunione, *supra*, n.° 96. Se adunque i frutti percepiti o scaduti durante la comunione vi entrano, non è nella loro qualità generale di cose mobili, poichè le cose mobili provenute da' beni proprj de' conjugi, durante la comunione, non vi entrano, come abbiamo già detto.

Bisogna dunque ricercare e considerare in questi frutti oltre la loro qualità generale di cose mobili, la qualità particolare, che hanno di *frutti* de'beni proprj de'conjugi percepiti o scaduti durante la loro comunione, poichè questa sola qualità particolare è quella che ve li fa entrare.

Ciò è anche più necessario rapporto alla comunione convenzionale, di cui parleremo nel capitolo seguente. Per esempio, se ciascun conjuge, con una clausola del contratto di matrimonio, abbia limitato la quantità de' suoi beni mobili che entrar debbono nella comunione, *puta*, a una somma di diecimila lire, e siasi riservato proprio il di più de'suoi beni tanto presenti, che futuri, i quali gli pervenissero per successione o in altro modo; i frutti dei beni proprj di ciascun conjuge entrano in questa comunione oltre la somma delle diecimila lire cui hanno limitato la quantità de'loro beni mobili, che vi debbono entrare; perchè vi entrano per la loro qualità particolare, qual è quella di *frutti* percepiti o scaduti durante il matrimonio.

Bisogna ora vedere quali sieno le cose, che sono frutti de'beni proprj di ciascun conjuge. Chiamasi frutto ciò, che nasce e rinasce da una cosa: *fructus est quidquid ex re nasci et renasci solet*. Per esempio, il frumento e gli altri grani, il fieno, i frutti delle vigne e degli alberi, sono frutti di una terra; perchè la terra li produce e ne riproduce altri gli anni susseguenti; parimenti un taglio di boschi cedui è un frutto, perchè i tronchi, su i quali è stato fatto il taglio, ripullulano, e riproducono di che fare un altro taglio a capo di un certo tempo. La pesca di una peschiera è parimenti un frutto, perchè colla quantità, che vi si lascia essa riproduce di che fare un' altra pesca a capo di un certo tempo; al contrario, le pietre, o i marmi che si scavano da una cava non sono frutti, perchè non ne rinascono altri invece di quelli, che sonosi cavati; ed il fondo viene ad esaurirsi ogni qual volta se ne cava. *V. supra*, n.° 97.

205. I frutti si dividono in naturali e civili; i frutti naturali sono quelli che la terra produce e che hanno un essere fisico; essi si suddividono in frutti puramente naturali ed in frutti industriali; i frutti puramente naturali sono quelli, che la terra produce senza essere coltivata, come l' erba de' prati, il taglio de' boschi cedui, le noci e gli altri frutti degli alberi; i frutti industriali sono quelli, che la terra non produce senza una coltivazione, come sono il frumento, e gli altri grani, i frutti della vigna ec.

I frutti civili sono quelli, *qui in jure consistunt*, i quali non hanno un essere fisico, ma un essere morale ed intellettuale: *v. g.* i fitti de'poderi, le pigioni delle case, le annualità delle rendite tanto prediali, che costituite, ec.

206. I frutti naturali, sieno puramente naturali sieno industriali, appartengono alla comunione, e vi entrano tostochè sono percepiti durante la comunione.

Questi frutti sono riputati percepiti quando sono separati dalla terra in cui erano pendenti: poichè mediante questa separazione acquistano un essere particolare e distinto dalla terra con cui erano prima riputati non fare, che una sola e medesima cosa; quindi lo Statuto di Parigi, *art.* 92, dice: *il legname tagliato, il frumento, il fieno, o grano mietuto o falciato, supposto, che sia* (cioè quantunque sia) *ancora sul campo e non trasportato, vien riputato mobile.*

Quindi se un prato proprio di comunione di un conjuge, è falciato il giorno ed il conjuge muoja la sera, tutto il fieno appartiene alla comunione, essendo stato separato mentre che essa durava ancora, quantunque il fieno sia ancora sul prato.

207. Quantunque i frutti de' beni proprj vengano accordati alla comunione per sostenere i pesi matrimoniali, questi frutti nondimeno non le sono dovuti *pro rata* del tempo, che ha durato la comunione e nel quale ha so-

stenuto questi pesi, gli Statuti danno generalmente alla comunione tutti i frutti percepiti essa durante, coll'obbligo di sostenere per tutto quel tempo i pesi del matrimonio; quindi se poco tempo dopo il matrimonio venisse a farsi la raccolta de'frutti pendenti sul fondo di un conjuge, comunque corta sia la durata del matrimonio, se non avesse anco durato, che un mese o due, la raccolta appartiene in totale alla comunione.

Ciò ha luogo quando anche i frutti, che sono stati raccolti poco tempo dopo il matrimonio, che avesse durato pochi mesi, fossero il frutto di molti anni: supponiamo, per esempio, che poco dopo il matrimonio venga a farsi, durante la comunione, un taglio di un bosco ceduo proprio di un conjuge, il qual taglio non si faccia, che ogni dieci anni; sebbene questo taglio sia il frutto di dieci anni ed il matrimonio non abbia durato, che pochi mesi, pure apparterrà intieramente alla comunione.

Vice versa. Quantunque l'entrata principale del fondo di un conjuge, *puta*, della moglie, consistesse in un bosco ceduo, su cui non si fosse fatto alcun taglio per tutta la durata del matrimonio, quantunque il matrimonio abbia durato molti anni, il marito non potrà pretendere cosa veruna per la comunione avuta colla sua defunta moglie nel taglio, che verrà a farsi dopo la morte di lei, la quale ha sciolto la comunione.

Ciò che si osserva riguardo ai frutti de' beni proprj in ciò differisce da quello, che si osservava nel dritto romano riguardo ai frutti de'beni dotali, i quali non appartenevano al marito se non in proporzione del tempo, che aveva durato il matrimonio, e che egli aveva sostenuto i pesi matrimoniali per cui era stata costituita la dote.

Parimenti ciò, che si osserva riguardo alla comunione differisce da ciò, che si osserva riguardo ai titolari dei beneficj, i quali non possono pretendere i frutti se non *pro rata* del tempo, che sono stati in possesso del benefizio.

208. Non essendovi se non i frutti percepiti durante la comunione, i quali appartengono ad essa, quelli che sono stati percepiti prima del matrimonio e per conseguenza prima che abbia cominciato la comunione, vi entrano in qualità di mobili, ma non in qualità di frutti.

209. Rapporto a quelli, che erano ancora pendenti in tempo dello scioglimento della comunione, e che sono stati percepiti dopo tale scioglimento di comunione, non essendo stati percepiti durante la comunione, non possono appartenerle; ma appartengono in totale al conjuge proprietario del fondo o a'suoi eredi. Così c' insegna lo Statuto di Parigi, *art*. 231, ove dice: *i frutti de' fondi proprj pendenti dalle radici al tempo della morte di un conjuge, appartengono a quello a cui appartiene il fondo coll'obbligo di pagare la metà de' lavori e delle sementi.*

Lo Statuto di Orleans contiene, riguardo a ciò, una disposizione simile a quella di Parigi, che viene osservata anche come un dritto comune in quegli Statuti, che non sonosene spiegati.

210. Se un marito avesse a bella posta ed in frode della comunione ritardato una raccolta, che doveva farsi sul suo fondo proprio, affin di appropriarsela in totale dopo la morte di sua moglie, che vedeva esser vicina, gli eredi di lei potrebbero, in qualità di comuni, pretender parte nella raccolta, che il marito venisse a fare dopo la morte della moglie, come essendo stata ritardata in frode del di lei dritto di comunione. Si può addurre per esempio il caso in cui un bosco ceduo proprio del marito, essendo nell'anno in cui si suol tagliarlo, il marito vedendo sua moglie prossima a morire ne avesse, contro l'usato, differito il taglio ad un altro anno.

211. *Vice versa*: se il marito vedendo sua moglie agli estremi, e l'apparato di un'abbondante raccolta da farsi nelle vigne di sua moglie, avesse a bella posta ed in frode degli eredi di sua moglie fatto la vendemmia avanti il tempo, gli eredi della moglie, che fosse morta subito dopo fatta questa vendemmia prematura, avrebbero ragion di pretendere i danni ed interessi contro il marito.

Ciò viene insinuato dall' *art*. 207, dello Statuto di Orleans ove dice: *i*

frutti raccolti, tagliati, ed atterrati, essendo maturi . . . . . . *sono considerati mobili.* Con queste parole *essendo maturi*, lo Statuto intende, che il marito il quale, in frode degli eredi di sua moglie, avesse raccolto i frutti del fondo proprio di lei prima della loro maturità, non possa attribuirseli come mobili entrati nella sua comunione. Non basta neppure pel marito, che restituisca questi frutti, nello stato in cui si trovano, agli eredi della moglie a' quali doveano appartenere se si fosse aspettato il tempo della maturazione per tagliarli; perchè avendo il marito deteriorato questi frutti, tagliandoli troppo presto, deve indennizzare gli eredi di sua moglie di tuttociò, che perdono per causa di questa deteriorazione, e del suo dolo.

212. Lo Statuto obbliga il proprietario del fondo proprio il quale ne percepisce a suo solo profitto i frutti, dopo la dissoluzione della comunione, a rimborsare all'altro conjuge la metà delle spese fatte dalla comunione per farli venire. Questa disposizione è cavata da un principio generale, che ha luogo in tutte le società e comunioni, cioè che un socio o comune è obbligato, *actione pro socio o actione communi dividundo*, a render conto alla società o comunione di ciò, che vi è stato preso per un affare ad esso particolare, e del quale esso solo abbia profittato, non dovendo un socio o comune vantaggiarsi a spese della comunione: dal che viene, che la percezione de' frutti di un fondo, che un proprietario fa dopo lo scioglimento della comunione, essendo un affare, che concerne lui solo, e di cui esso solo profitta, egli deve indennizzare la comunione dell'ammontar delle spese da essa fatte per far venire i detti frutti, come essendo state fatte per un affar suo particolare e del quale esso solo profitta.

Potrebb'egli liberarsi dall'indennizzarla offrendo di lasciar la raccolta alla comunione? No, come non potrebbe abbandonarle ad un *negotiorum gestor*, che avesse fatto questa spesa per lui; perchè quantunque per la sterilità della raccolta non fosse stato intieramente compensato delle spese della coltivazione e delle sementi, ei non lascia di profittare intieramente del prezzo di questa spesa, imperciocchè essendo una spesa necessaria, che egli sarebbe stato obbligato a fare co' suoi proprj danari, se non fosse stata fatta dalla comunione, egli ne profitta *quatenus propriae pecuniae percepit*; egli profitta adunque della somma, che sarebbe stato obbligato a prender dalla sua borsa particolare, che sarebbe stata eguale a quella, che è stata presa dalla comunione.

Questa indennità dovuta alla comunione, appartiene, in caso di accettazione della comunione, a ciascun conjuge o a' loro eredi per la metà, che ciascun di essi ha ne' beni della comunione. Quindi lo Statuto di Parigi, il quale nell' *art.* 231 suppone il caso di accettazione della comunione, come il più ordinario, obbliga il conjuge o i suoi eredi debitori di questa indennità a pagare la metà all'altro conjuge o ai di lui eredi. Per l'altra metà, che appartiene al conjuge, che ne è debitore egli stesso per la metà, ch' egli ha nei beni della comunione, non potendo essere debitore verso sè stesso, se n'è fatta confusione ed estinzione.

Ma nel caso di rinunzia alla comunione, la moglie debitrice del compenso dovuto alla comunione per le spese di lavori e sementi fatte sul fondo suo proprio, di cui ha percepito i frutti dopo lo scioglimento della comunione, non avendo per la sua rinunzia alcuna parte nei beni della comunione, nè per conseguenza nel compenso, che ella le deve per le spese di lavori e sementi fatte sul di lei fondo, essa deve pagarne il totale agli eredi di suo marito.

È lo stesso riguardo agli eredi della moglie, che hanno rinunziato alla comunione.

Per la stessa ragione, se le spese di lavori e sementi fossero state fatte sul fondo del marito, il marito o i suoi eredi, che ne hanno percepito i frutti dopo la dissoluzione del matrimonio, non debbono alcun compenso alla moglie o a' di lei eredi, i quali in forza della rinunzia niente possono pretendere nei compensi dovuti alla comunione.

213. Lo Statuto di Parigi non parla, che *de' lavori e delle sementi*: esso non ha pensato alle vigne per le quali vi sono altre opere ed altre spese da fare per la produzione de' suoi frutti; forse allora non ve n' erano o ve n' erano pochissime nel di lui territorio. Lo Statuto di Orleans, *art.* 208, si è spiegato di più e deve servire di supplemento a ciò, che quello di Parigi ha mancato di enunciare: esso dice: « collo obbligo di pagare la metà de' *lavori sementi, opere e spese* »: queste parole comprendono i lavori, che bisogna fare tutti gli anni nelle vigne per levarne i pali nell' inverno, ripiantarli in primavera, legarvi le viti, addossarvele, sbarbicarle, e le spese, che bisogna fare qualche volta per distruggere i vermi, che intristiscono l' uva in certi anni. Il conjuge, che dopo la dissoluzione del matrimonio fa ad unico suo vantaggio la vendemmia sul fondo suo proprio, è tenuto anche sotto lo Statuto di Parigi a rimborsare all' altro conjuge o a' suoi eredi la metà delle dette spese.

214. Se un gentiluomo avesse fatto da se solo e senza il soccorso di alcuno tutte le opere, e tutti i lavori da farsi nelle vigne del fondo proprio di sua moglie, i di lei eredi potrebbero essi negare al marito il rimborso dei detti lavori ed opere, per la parte ch' egli ha nella comunione, opponendogli, che non ha sborsato cosa veruna, e niente preso dalla comunione, ed essere inconveniente alla di lui nascita di farsi pagare il prezzo del suo lavoro? Io penso, che gli eredi sarebbero mal fondati, e che non possano dispensarsi dal rimborsare il marito del prezzo dei detti lavori ed opere; è vero, che è inconveniente alla nascita di questo gentiluomo di prestare le sue braccia a stranieri; ma non lo è di lavorare e coltivare, durante la comunione, la vigna di sua moglie.

215. Vi sono alcuni Statuti particolari, i quali sonosi allontanati dalla disposizione di quello di Parigi e dal dritto comune, abbandonando alla comunione per le sue spese di coltura e di semenza, la raccolta, che si fa sui fondi proprj de' conjugi dopo lo scioglimento della comunione, quando in tal tempo le terre erano di già seminate e le vigne zappate e potate.

Vi è fra questi lo Statuto di Blois, che dice, all' *art.* 184: « Se in tempo della morte di uno dei detti conjugi, le terre sono seminate, e le vigne sono zappate (*marrées*) (1), e potate, le quali fossero proprie di uno dei detti conjugi, i frutti delle terre e vigne si divideranno, nel detto anno, in porzioni eguali tra il superstite e gli eredi del predefunto ».

216. Secondo lo stesso spirito, invece, che per diritto comune la pesca di una peschiera, la quale si fa dopo lo scioglimento della comunione, appartiene totalmente al proprietario della peschiera, rimborsando alla comunione il prezzo, che ha costato per averla empita di pesce, quando ciò si è fatto a di lei spese; lo Statuto di Blois all' opposto, per indennizzar tali spese alla comunione, le ha lasciato la pesca dell' anno dello scioglimento della comunione, sebbene non siasi pescato, che dopo. Ciò viene espresso nell' articolo seguente: « e riguardo ai frutti di una peschiera, che fosse stata empita di pesci a spese comuni, se la detta peschiera fosse in pesca nell' anno della morte di uno dei detti conjugi, la pesca sarà divisa in parti eguali, come mobile, tra il conjuge superstite e gli eredi del defunto ».

Lo Statuto in questi articoli suppone il caso di accettazione della comunione come il più comune; in caso di rinunzia per parte della moglie o de' suoi eredi, le raccolte e la pesca, nella specie dei detti articoli, appartengono in totale al marito o ai di lui eredi.

217. Da che lo Statuto di Blois, e gli altri i quali contengono simili disposizioni danno alla comunione i frutti, che in tempo della di lei dissoluzione sono pendenti dalle radici sui fondi proprj dei conjugi, non bisogna conchiuderne, che questi Statuti decidono, che tali frutti pendenti dalle radici sieno cose mobili: tale decisione sa-

(1) Questo termine viene dalla *marre* che è il nome che si dà nel territorio di Blois e nell' Orleanese allo stromento col quale si zappano le vigne.

rebbe assurda; imperciocchè questi frutti facendo parte del fondo sul quale sono pendenti fino a che ne sieno separati, non possono avere una qualità differente da quella, che ha il fondo col quale non fanno, che una sola e medesima cosa. Tutto quello, che questi Statuti hanno voluto si è, che questi frutti, sebbene non debbano essere raccolti e diventar mobili, se non dopo lo scioglimento della comunione, non ostante appartenessero ad essa in compenso delle spese, che ha fatte per la loro produzione: di là ne viene che, anche in questi Statuti, in materia di successione, i frutti pendenti sopra un fondo proprio in tempo, che si fa luogo alla successione, non appartengono all' erede de' mobili, ma allo erede de' beni proprj, il quale succede al fondo; di là viene che anche in materia di comunione, i frutti pendenti in tempo dello scioglimento di essa, non appartengono alla comunione, se non quando le spese fatte per la di loro produzione sono state fatte dalla comunione, facendole valere il marito egli stesso: ma la cosa è diversa quando queste spese non sono state fatte dalla comunione, ma da un colono, che avesse il patto di dividere i frutti. Lo Statuto del Manese, *art.* 256, ne contiene una disposizione, che servir deve d' interpretazione a quello di Blois. Dopo aver detto, che i frutti delle vigne vangate, e delle terre lavorate e seminate col *mobile comune*, apparterranno alla comunione, sebbene non sieno raccolti sul fondo proprio di un conjuge, che dopo la dissoluzione di essa, lo Statuto aggiugne, se le dette vigne o terre sono state date in affitto col patto di dividerne per metà o altrimenti i frutti, ciò non sarà riputato fatto col *mobile comune* ».

218. In questa varietà di Statuti, de' quali gli uni danno la raccolta dei frutti industriali, che si fa sul fondo proprio di un conjuge, dopo lo scioglimento del matrimonio, al proprietario del fondo, coll' obbligo di rimborsare alla comunione le spese di coltivazione, ed altri la danno alla comunione, devesi seguire lo Statuto de' luoghi in cui sono situati i fondi, o piuttosto quello a cui sonosi sottomesse le parti quando si sono maritate, sia espressamente con una clausola del loro contratto di matrimonio, sia tacitamente perchè fosse la legge del luogo in cui avevano il loro domicilio? La questione ha qualche difficoltà: coloro, che sostengono, che sia lo Statuto del luogo in cui è situato il fondo dicono, che le disposizioni degli Statuti, i quali regolano se i frutti pendenti sui fondi proprj de' conjugi in tempo dello scioglimento della comunione, debbano ad essa appartenere o no, sono Statuti reali, i quali non hanno forza, che sopra i fondi situati nel loro territorio; e che in conseguenza quando due abitanti di Blois hanno contratto matrimonio, il loro Statuto di Blois non può attribuire alla comunione, che v' era tra i conjugi, i frutti pendenti in tempo dello scioglimento di essa, sul fondo proprio di un conjuge situato sotto lo Statuto di Orleans; non potendo lo Statuto di Blois aver impero su questi fondi.

Coloro, che si attengono all' opinione contraria, negano formalmente, che le disposizioni degli Statuti sopra questo punto sieno disposizioni reali; essi sostengono all' opposto che, secondo la dottrina di Molineo, da noi esposta *supra*, n.° 10, le disposizioni degli Statuti sulla comunione e su le cose, che debbono entrarvi o no, sono disposizioni personali, le quali non hanno altro oggetto, che di dichiarare ciò, che si presume aver convenuto le persone sottomesse alla loro giurisdizione, quando si maritano. Secondo questo principio, Molineo decide, come abbiam veduto, che quando due Parigini si sono maritati senza fare alcun patto, e che l' uno di essi acquisti un fondo situato in una provincia la di cui legge non ammetta la comunione, questo fondo, giusta lo Statuto di Parigi, entra nella loro comunione, sebbene tale Statuto non abbia forza fuori del suo territorio; perchè non ve lo fa entrare *immediate et per se*, ma in conseguenza della convenzione, che suppone essere intervenuta tra i conjugi, quando sonosi maritati, cioè, che sarebbero comuni in beni, e che ciò, che ciascun conjuge acquisterebbe durante il matrimonio entrerebbe in comunione.

Secondo questa dottrina di Molineo, la quale reputa disposizioni personali quelle, che riguardano la comunione o le cose, che vi debbono entrare o esserne escluse, quelle che concernono i frutti in questione debbono esser considerate non come disposizioni statutarie reali, ma come disposizioni personali, che non fanno altro, che decidere se, quando persone sottomesse alla loro giurisdizione contraggono matrimonio, si debba presumere, che esse abbiano voluto, che i frutti in questione entrassero nella loro comunione, o ne fossero esclusi. Secondo questi principj quando due Orleanesi nel maritarsi hanno contratto comunione di beni, i frutti, che in tempo dello scioglimento della comunione sono pendenti in un fondo proprio di uno di essi, sebbene situato sotto lo Statuto di Blois, ne sono esclusi, perchè si presume, che le parti abbiano voluto, che ne fossero esclusi conformemente allo Statuto di Orleans. *Contra vice versa*: quando sonosi maritati due abitanti di Blois, i frutti pendenti in tempo della dissoluzione della loro comunione sopra terre seminate e lavorate a spese di essa debbono appartenerle, quantunque sieno situati sotto lo Statuto di Orleans, il quale contiene una disposizione contraria; perchè non è lo Statuto di Blois *immediate et in sè*, che ve li faccia entrare, ma la convenzione, che questo Statuto suppone, che tali persone abbiano avuto per farveli entrare.

Se le parti si fossero sottomesse espressamente allo Statuto di Blois per la loro comunione, esiterebbesi forse a decidere, che questa convenzione deve far cadere nella comunione i frutti pendenti sopra un fondo di un conjuge in tempo dello scioglimento in qualunque parte fosse il fondo situato? Allorchè un contratto di matrimonio non esprime di sottomettersi ad uno Statuto, si reputa, che le parti siensi sottomesse a quello del luogo del loro domicilio matrimoniale; questa tacita sottomissione deve avere lo stesso effetto della espressa.

Io inclino per questa seconda opinione.

219. Passiamo ora ai frutti civili: quelli soltanto, che sono nati durante la comunione entrano in essa; quelli, che sono nati prima vi entrano come cose mobili, ma non come frutti; quelli che sono nati dopo lo scioglimento della comunione appartengono al proprietario della cosa, che gli ha prodotti.

È dunque necessario di sapere quando debbano riputarsi nati. Essi si reputano nati quando cominciano ad esser dovuti: *fructus civiles tum nasci intelliguntur cum incipiunt deberi*. Bisogna fare l'applicazione di questo principio alle differenti specie di frutti civili; cominciamo da' fitti de' fondi rustici.

Essendo i fitti il prezzo de' frutti, che l'affittuale raccoglie dal fondo datogli in affitto, non sono dovuti se non quando egli ha raccolto questi frutti, o quando è dipeso da lui il raccoglierli: questa specie di frutto civile non nasce adunque, che in tempo della raccolta de' frutti pe' quali è dovuto il fitto, quindi esso non appartiene alla comunione, se non quando è stata fatta la raccolta durante la comunione.

E per ciò se lo scioglimento della comunione è avvenuto prima della raccolta, ancorchè nella vigilia di essa, la comunione non avrà cosa alcuna nel fitto, che sarà dovuto per tale raccolta; desso apparterrà totalmente al proprietario del fondo. All'opposto, se lo scioglimento della comunione è avvenuto dopo la raccolta il fitto dovuto per questa raccolta appartiene in questo caso totalmente alla comunione. Se è avvenuto durante la raccolta, la comunione avrà parte nel fitto in proporzione de' frutti, che saranno raccolti. Per la stessa ragione, quando un fondo, che produce molte specie differenti di frutti, è stato affittato per una sola somma annuale, e che la dissoluzione della comunione sia avvenuta dopo la raccolta di una certa specie di frutti e prima di quella di altre specie, bisogna fare una stima della parte, che ciascuna specie di frutti deve importare nel prezzo totale del fitto; e se con questa stima si trova, che la specie de' frutti, dei quali era fatta la raccolta, debba importare, *puta*, il terzo o il quarto del prezzo totale, allora essa apparterrà, per questa parte, alla comunione, ed il di più al proprietario del fondo.

220. Non è lo stesso delle pigioni

di case, le quali sono un' altra specie di frutti civili: essi scadono tutti i giorni, e sono dovuti tutti i giorni in parte. Per esempio, se una casa è stata affittata per una somma di trecento sessantacinque lire all' anno; dal giorno, che l' inquilino è entrato o ha dovuto entrare a goderla, ciascun giorno è dovuta e maturata la trecentosessantesimaquinta parte della pigione, che ammonta a venti soldi al giorno: è vero, che queste parti di pigione, le quali sono dovute e maturate ciascun giorno, non sono ciascun giorno pagabili, e che lo sono soltanto dopo spirato il termine convenuto pel pagamento della pigione; ma questo termine non ne differisce se non l' esigibilità e non impedisce, che queste parti di pigione sien dovute e maturate ciascun giorno, e che sieno in conseguenza ciascun giorno acquistate dalla comunione.

Quindi, in tempo dello scioglimento della comunione, non solo il termine della pigione scaduto prima appartiene alla comunione, quando non fosse ancora stato pagato; ma essa ha anco diritto di aver una parte nel termine che scaderà, dopo lo scioglimento, *pro rata* del tempo che è scorso da questo termine fino al giorno dello scioglimento. Per esempio, supponiamo, che la casa propria di un conjuge fosse affittata per quattrocento lire annue pagabili in quattro rate, di tre in tre mesi, e che durante la comunione, oltre il termine scaduto sieno scorsi quindici giorni di quello, che deve scadere dopo lo scioglimento della comunione, formando questi quindici giorni presso a poco la sesta parte del termine, che deve scadere, la sesta parte della somma pagabile in quel termine deve appartenere alla comunione; perchè la pigione del tempo, che è scorso durante essa comunione, è stata dovuta ed acquistata dalla detta comunione ciascun giorno, a misura, che il giorno passava.

La ragione della differenza, per questo riguardo, tra i fitti de' beni rustici e le pigioni di case, è sensibile; il fitto di un podere è il prezzo dei frutti, che il conduttore deve raccogliere sul fondo datogli in affitto; esso non deve il suo fitto se non quando gli ha raccolti; se per una forza maggiore venissero a perire totalmente prima, che fossero stati raccolti, esso non dovrebbe il fitto, poichè non è dovuto se non nel tempo e a misura, che i frutti sono raccolti. Al contrario, una pigione di casa è il prezzo dell' annuale godimento di essa: colui che l' abbia tutti i giorni, o che ha diritto di abitarla, raccoglie ciascun giorno una parte di tale godimento, e per conseguenza ciascun giorno egli deve una parte della pigione, che è il prezzo di questo godimento.

Bisogna decidere lo stesso riguardo all' affitto di tutte le altre specie di fondi, de' quali il godimento sia continuo e quotidiano, come un magazzino, un molino, ec. Il fitto di queste cose, del pari di quello delle case, scade ed è dovuto in parte ogni giorno, ed è pure ogni giorno acquistato dalla comunione.

221. Le annualità di rendite, sieno enfiteutiche o costituite, sieno perpetue o vitalizie, sono pure specie di frutti civili, che al pari delle pigioni delle case scadono e sono dovute per parti ciascun giorno del tempo durante il quale sono decorse: quindi in tempo del riscatto di tali rendite, si deve pagare col capitale, non solo le annualità scadute fino all' ultimo termine, ma quelle ancora, che sono dovute per tutti i giorni decorsi dallo ultimo termine fino al giorno del riscatto.

Per la stessa ragione, le annualità di rendite proprie dell' uno o dell' altro conjuge appartengono alla comunione, non solo per tutto ciò, che è scaduto fino ai termini, che hanno preceduto lo scioglimento, ma anche per tutto il tempo decorso dai detti ultimi termini fino al giorno di tale scioglimento.

Quando anche la rendita prediale fosse dovuta su beni rustici, le annualità si conterebbero di giorno in giorno come quelle delle altre rendite; imperciocchè queste annualità di rendite enfiteutiche, in ciò differenti dai fitti, non sono dovute per causa dei frutti, che si raccolgono sul fondo soggetto alla rendita, ma per causa del fondo stesso e del possesso, che ne ha il detentore soggetto alla rendita.

222. Tuttociò, che abbiamo detto

riguardo alla maniera di contare le pigioni delle case e le annualità delle rendite, è un diritto comune, che si osserva da per tutto anche nello Statuto di Orleans, sebbene esso contenga un articolo (207), il quale pe' termini in cui è concepito sembri contrario, ma che coll' uso ha ricevuto un' interpetrazione conforme al diritto comune. Eccone le parole: « I frutti naturali, tagliati ad atterrati in tempo della loro maturità, come pure i fitti dovuti per causa dei detti frutti, sono riputati mobili ancorchè i termini del pagamento per le dette messi e frutti, non fossero scaduti: e riguardo alle annualità delle rendite enfiteutiche o costituite ed alle pigioni delle case, sono riputati mobili, *quando solamente i termini del pagamento sieno scaduti* ».

Con queste ultime parole, *sono riputati mobili quando solamente i termini del pagamento sieno scaduti*, sembrerebbe, che lo Statuto volesse dire, che le pigioni di case, e le annualità di rendite non comincino ad esser dovute nè sieno acquisite alla comunione, se non quando sia scaduto il termine del pagamento, e che in conseguenza niente possa esser dovuto alla comunione per le pigioni o rendite delle quali fosse scaduto il termine dopo la dissoluzione di essa.

Nondimeno questo articolo non è inteso nella provincia nel senso, che sembra prestare: un uso costante gli ha dato un' altra interpretazione, secondo la quale tutto ciò, che questo Statuto vuol dire in questo articolo è, che invece, che i fitti de' beni rustici sieno totalmente dovuti tostochè sono raccolti i frutti, ed in conseguenza mobilizzati ed acquistati in totalità dalla comunione, quantunque non sieno ancora scaduti i termini di pagamento dei detti fitti; al contrario le pigioni delle case e le annualità delle rendite non sono mobilizzate ed acquisite *in totale* alla comunione, e non sono *intieramente* dovute, se non quando sieno scaduti i termini del loro pagamento. Ma quantunque non sieno mobilizzate *per lo totale* ed intieramente dovute prima, esse non lasciano di mobilizzarsi in parte ed acquistarsi per parti dalla comunione a misura, che decorre il tempo di questo termine, di modo che nel termine che scade dopo la dissoluzione, sulla somma dovuta per questo termine è dovuta alla comunione una porzione pel tempo decorso durante la detta comunione.

Questa è l' interpetrazione, che Lalande e l'autore delle note del 1711, danno a quest' articolo, e che io ho seguita nelle mie note dell' edizione del 1760, e che è costantemente messa in pratica. In tutti gli atti di divisione di comunione non si manca giammai di mettere nella massa dell' attivo le annualità di ciascuna rendita propria dell' uno e dell' altro conjuge, scaduta fino all' ultimo termine, ed in seguito ciò che ne è decorso dall' ultimo termine fino al giorno della morte del predefunto, che ha sciolto la comunione.

223. Da tutto ciò, che abbiamo esposto risulta, che le pigioni di case e le annualità di rendite si contano di giorno in giorno, *de die in diem*, cioè, che la somma dovuta per ciascun termine o mezzo termine si divide in tante porzioni quanti giorni vi sono nel termine o mezzo termine; le quali porzioni sono dovute ed acquistate dalla comunione a misura, che trascorre ciascun giorno di cui è composto il termine o mezzo termine; ma queste pigioni ed annualità non si contano *de momento ad momentum*, vale a dire, che ciò che ne è dovuto ciascun giorno non si suddivide; quindi non importa sapere in quale ora del giorno sia avvenuta la morte del conjuge predefunto, che ha sciolta la comunione; quella pigione o annualità, che è dovuta per questo giorno, non comincia ad essere dovuta, se non quando il giorno sia totalmente passato, e non può appartenere alla comunione, perchè non ha cominciato ad esser dovuta, se non dopo la morte del conjuge avvenuta in questo giorno, e prima, che fosse intieramente compito.

224. Le annualità de' canoni feudali (*cens*) sono una specie di frutti civili differente dalle annualità di una rendita enfiteutica, essendo una prestazione di censo principalmente dovuta *in ricognitionem directi dominii*, cioè

per la solenne ricognizione, che il censuario deve fare in un certo indicato giorno della diretta signoria, che appartiene al padrone diretto del feudo sopra il suo fondo: questa prestazione di censo non è dovuta e non comincia ad esserla, se non nel giorno in cui deve farsi questa solenne ricognizione, cioè nel giorno in cui è pagabile; quindi se la dissoluzione della comunione sia avvenuta prima di questo giorno, ancorchè fosse nella vigilia, non è dovuta alla comunione alcuna porzione delle somme, che debbono esser pagate in questo giorno dai censuarj.

Ma se la dissoluzione della comunione è avvenuta il giorno stesso in cui è pagabile il censo, tutte quelle prestazioni, che sono pagabili in quel giorno, debbono appartenere alla comunione; imperciocchè subito, che è arrivato quel giorno, dal primo di lui momento, si fa luogo al dovere di ricognizione della signoria diretta; e per conseguenza il censo, che devesi pagare per dimostrare questa ricognizione, ha cominciato ed essere dovuto, sebbene i censuarj abbiano tutto il tempo di questo giorno, cioè dalla mattina fino al principio della notte, per pagare un tal debito.

Riguardo alle mancanze incorse dai censuarj, che non sono venuti a pagare il censo in questo giorno, esse non sono dovute alla comunione la di cui dissoluzione è avvenuta il giorno, che il censo era pagabile; imperciocchè essendo queste mancanze la pena della mora in cui è stato il censuario di venire a riconoscere la signoria, e pagare il censo nel giorno indicato, non possono incominciare ad essere dovute se non dopo che il giorno sia interamente passato, e per conseguenza dopo la dissoluzione della comunione, che supponesi avvenuta in questo giorno; mentre il censuario, che poteva ancora adempier questo dovere nell'ultimo momento di quel giorno, non ha potuto esser in mora se non dopo che il giorno è totalmente passato.

Si opporrà forse che noi abbiamo detto *supra*, n.° 223, che ciò ch' era dovuto per pigione di casa o annualità di rendita nel giorno in cui è avvenuto lo scioglimento della comunione, non apparteneva ad essa: non è dunque cadere in contraddizione con noi stessi il dire, che il censo dovuto il giorno che è avvenuta la dissoluzione appartiene alla comunione? No: la ragione di tale differenza viene dalla causa di questi debiti: un giorno di pigione è il prezzo di un giorno di godimento, che il conduttore ha avuto della cosa affittatagli; un giorno di annualità di rendita è il prezzo di un giorno di godimento che il debitore di essa ha dovuto avere del capitale della rendita; dunque il conduttor della casa, il debitor della rendita non debbono il giorno di pigione o delle annualità della rendita, se non quando ne hanno avuto in tal giorno il godimento, e non lo hanno avuto finchè il giorno non sia passato: il giorno adunque di pigione o di rendita non è dovuto se non quando è passato, e per conseguenza dopo avvenuta la dissoluzione della comunione, che supponesi avvenuta in quel giorno; e perciò non può appartenere alla comunione. Allo opposto, il censo è dovuto per la ricognizione della signoria; esso è adunque dovuto tostochè si è fatto luogo a questo dovere: ora, si è fatto luogo a tale dovere tostocchè è avvenuto il giorno in cui devesi far questa ricognizione ed in cui è pagabile il censo. Quantunque il censuario abbia tutto questo giorno per pagare un tal debito, non ne viene ch' ei non ne sia debitore dal principio del giorno; e quando va a pagarlo nelle prime ore del giorno, non si può dire che lo paghi anticipatamente; essendo dunque dovuto il censo tostochè è avvenuto il giorno in cui è pagabile, sin dal cominciar di questo giorno, è stato dovuto mentre la comunione durava ancora, sebbene ne sia avvenuta la dissoluzione nel corso della giornata.

225. Egli è evidente che i diritti di decime non sono dovuti, se non nel tempo ed a misura che si fa la raccolta de' frutti, che sono sottomessi a questi diritti; lo stesso è de' fitti di questi diritti, quando sieno stati affittati. Tutto ciò che è stato detto de' frutti che la terra produce e dei fitti de' beni rustici, è applicabile a questi diritti ed ai loro fitti.

226. I diritti casuali sono un' altra specie di frutti civili; tali sono i profitti dominicali che sono dovuti in caso di vendita o di mutazioni de' beni dipendenti per feudi da una signoria propria dell'uno o dell' altro conjuge; essi sono dovuti ed acquistati dalla comunione tostochè la causa che vi dà luogo, avviene durante la comunione. Per esempio, quando un fondo dipendente, sia in qualità di feudo sia in qualità di censuale, viene ad essere venduto, tostochè la convenzione è stato conchiusa, sia con atto davanti notajo, sia con scrittura privata, il profitto della vendita è dovuto; e se è stata conchiusa durante il tempo della comunione è acquisto di comunione.

Rapporto alla multa per le vendite segrete, essendo dovuta per causa della mora in cui è stato il censuario di dichiarare il suo contratto, quantunque la vendita sia stata fatta durante la comunione, ed in conseguenza il profitto di vendita sia stato acquistato dalla comunione, pure tale multa non apparterrà alla comunione, se il tempo che v' era per dichiarare la vendita sia spirato dopo lo scioglimento della comunione.

I profitti di riscatto, che sono dovuti per le mutazioni, sono parimenti dovuti alla comunione tostochè essa durante sono avvenute le morti o i matrimonj che hanno operate queste mutazioni.

227. Quantunque la morte del vassallo, che ha cagionato il profitto di riscatto, e quella del conjuge che ha sciolto la comunione, sieno avvenute nel medesimo giorno, pure se si può giustificare che quella del vassallo abbia preceduto quella del conjuge, il profitto apparterrà alla comunione, come nato mentr' ella durava ancora; se all' incontro abbia preceduto quella del conjuge, il profitto nato per la morte del vassallo, che è avvenuta dopo quella del conjuge, apparterrà in totalità al proprietario della signoria, perchè è nato dopo la dissoluzione della comunione.

Se fosse incerto quale delle due morti abbia preceduto, io penso che nel dubbio, il profitto debba appartenere a quel conjuge o a' di lui eredi che sono proprietarj della signoria, e che non possa essere preteso dalla comunione. La mia ragione è che un proprietario, nella sua qualità di proprietario, ha un fondamento nel diritto comune, ed ha un dritto generale per pretendere tutti i frutti nati dalla sua cosa, finchè un altro non giustifichi di avervi un dritto particolare per pretenderli a di lui esclusione; tocca adunque all' altro conjuge, o a' di lui eredi, che fanno valere i dritti della comunione, a giustificare che il profitto appartiene ad essa, e per conseguenza a giustificare che il profitto è nato durante la comunione, e che la morte del vassallo, che lo ha fatto nascere, ha preceduto la dissoluzione: non potendosi ciò provare, nel dubbio il profitto appartiene al proprietario.

Si può fare la stessa questione, quando il contratto di vendita, che ha dato luogo al profitto, sia stato fatto il giorno della morte di un conjuge e che sia incerto se il contratto l' abbia preceduto.

228. Le multe e il titolo di avere le cose derelitte, i dritti di mancanza di eredi, e quello di confisca sono frutti civili di un diritto di giustizia. Quando un conjuge sia proprietario di un diritto di giustizia, questi frutti di tale suo diritto, come tutti gli altri frutti de' suoi beni proprj, cadono nella comunione, quando nascono essa durante.

Le multe in materia civile, come sono le multe di polizia, sono dovute ed acquisite alla comunione tosto che sia emanato il giudizio che le pronuncia, quando ciò sia in contraddittorio; ma se viene emanato in contumacia, la multa pronunciata da tale giudizio non è dovuto se non dal giorno che esso è stato intimato.

229. Il diritto di avere le cose derelitte è un altro frutto del diritto di giustizia; esso fa parte di quello che il nostro diritto francese dà al signore di alta giurisdizione, di attribuirsi cioè privativamente tutte le cose che non hanno padrone, e che si trovano nel suo territorio giurisdizionale: si chiamano cose derelitte (*épaves*), il bestiame o gli altri mobili perduti; colui che le trova deve, sotto pena di un'ammenda, denunziarle al giudice del luogo in cui le trova.

Il diritto di aver le cose derelitte

consiste in farsele aggiudicare o rendere a capo di un certo tempo, prescritto dagli Statuti o dalle consuetudini, il quale incomincia a decorrere dal giorno in cui sono state denunziate, e dopo le pubblicazioni fatte in questo tempo ne' soliti luoghi e nei soliti giorni, quando non sieno state prima dell' aggiudicazione reclamate dal proprietario.

Questo frutto non viene riputato percepito, nè viene acquistato dal feudatario, se non per l' aggiudicazione; imperciocchè potendo sempre la cosa essere reclamata dal proprietario fino all' aggiudicazione, ei non l' acquista se non per l'aggiudicazione, e perciò non cade nella comunione, se non quando essa durante sia stata aggiudicata.

230. Il tesoro scoperto, per la porzione che il nostro diritto francese ne dà al feudatario del luogo in cui è trovato, è un frutto del suo diritto di giurisdizione, ch' egli acquista subito che è stato scoperto, e che come frutto appartiene alla comunione, se si è scoperto essa durante; nè v' ha d' uopo aspettare, come nelle cose derelitte, se qualcuno venga a reclamarlo; perchè il tesoro per sua natura è una cosa di cui non si può conoscere il proprietario: *Vetus depositio pecuniae cujus memoria non extat*; e che per conseguenza non è soggetto ad essere reclamato.

231. I diritti di caducità e di confisca sono pure frutti del diritto di giurisdizione: essi consistono nel diritto che hanno tali feudatarj di attribuirsi i beni situati o trovati nel territorio della loro giurisdizione appartenenti a persone morte senza che abbiano lasciati eredi, o di quelle che sono state condannate con un giudizio che importa confisca; il diritto a questi beni è acquistato dal feudatario sin dal momento della morte di colui, che non ha lasciato erede, o tostochè è pronunciata la sentenza di confisca in contraddittorio; ma se è pronunziata in contumacia, allora ha luogo dal giorno della esecuzione. Quando il feudatario acquista il diritto a questi beni, durante la comunione, esso, come frutto del diritto di giurisdizione, appartiene alla comunione.

232. Ci rimane da osservare, riguardo ai frutti de' beni proprj dei conjugi, che appartengono alla comunione non solo i frutti di quelli, che hanno una perpetua durata, ma anche i frutti di quelli che hanno una durata limitata ad un tempo determinato o incerto: tali sono i frutti di un fondo, di cui il conjuge abbia una proprietà riversibile, o nel quale egli non abbia che l' usufrutto: tali sono le annualità di una rendita vitalizia propria di un conjuge, come è stato giudicato da una decisione del 4 agosto 1729 riportata *supra*, n.° 90.

SEZIONE II.

Delle passività della comunione.

Le passività della comunione consistono principalmente ne' debiti di ciascun conjuge, de' quali è gravata questa comunione: noi ne tratteremo nel primo articolo. La comunione ha inoltre altri pesi, che fanno parte delle sue passività, noi ne parleremo nel secondo articolo.

ARTICOLO PRIMO.

Dei debiti de' conjugi.

Per conoscere quali sieno i debiti di ciascun conjuge, che sono a carico della sua comunione, noi tratteremo separatamente di quelli, che sono stati contratti prima del loro matrimonio, di quelli, che ciascun conjuge contrae durante il suo matrimonio, e finalmente dei debiti delle eredità, che gli sono deferite durante il matrimonio.

§ 1. *Dei debiti, che i conjugi hanno contratto prima del loro matrimonio.*

233. La comunione legale è tenuta a tutti i debiti *mobiliari* de' quali ciascun conjuge era debitore quando ha contratto matrimonio.

Ciò è conforme ad una massima dello antico nostro diritto francese, cioè, che i debiti *mobiliari* di una persona sono un carico dell' universalità de' suoi mobili: facendo ciascun conjuge, al tempo del matrimonio, entrare l' uni-

versalità de' suoi mobili nella comunione legale, ne viene, secondo questa massima, che tale comunione debba essere tenuta de' loro debiti mobiliari, i quali ne sono un peso.

Lo Statuto di Parigi, *art.* 221, dice: « A cagione della qual comunione il marito è tenuto personalmente a pagare i debiti mobiliari dovuti per causa di sua moglie. . . . come pure la moglie è tenuta dopo la morte del marito a pagare la metà dei debiti mobiliari fatti ed aumentati dal detto marito tanto durante, che prima del matrimonio, ec. »

Noi non citiamo questo articolo, se non per far vedere, che lo Statuto di Parigi fa entrare nella comunione legale tutti i debiti mobiliari de' quali ciascun conjuge era debitore al tempo del suo matrimonio; ci riserbiamo di riportarlo per intiero e di spogliarlo *infra*, *part.* 5, ove tratteremo della maniera come ciascun conjuge è tenuto pe' debiti della comunione dopo la sua dissoluzione.

234. Un debito è mobiliare, quando la cosa dovuta è mobiliare: per esempio, i debiti di una somma di danaro, di una certa qualità di biada o di vino, di un cavallo, di un letto, ec. sono debiti mobiliari.

235. Quando alcuno si è obbligato a fare o non fare qualche cosa, questo debito è mobiliare; imperciocchè mancando il debitore di adempire la sua obbligazione, essa risolvesi ne' danni e interessi, che consistono in una somma di danaro cui sono valutati, e per conseguenza in qualche cosa mobile.

236. Quantunque questi debiti sieno accompagnati da ipoteca, come quelli che sono contratti con atto fatto da notajo, o per una sentenza, pure non lasciano di essere debiti mobiliari, e per conseguenza di essere un peso della comunione de' conjugi, che se ne sono trovati debitori allorchè hanno contratto matrimonio.

237. Quando uno de' conjugi prima del matrimonio abbia contratto un debito mobiliare solidalmente con altri, essendone debitore pel totale, la comunione ne è debitrice pel totale, salvo a valersi del diritto, che ha il conjuge contro i condebitori per esserne compensato.

Ma se il conjuge, quando si è maritato, non era personalmente debitore di un debito mobiliare, se non per una certa porzione, sebbene ne fosse ipotecariamente obbligato pel totale, la comunione sarà tenuta soltanto della porzione per cui ne è questo conjuge personalmente debitore. Per esempio, se un conjuge prima del matrimonio è stato erede di una persona per un quarto, la comunione non sarà tenuta pe' debiti mobiliari ipotecarj di tale eredità se non per un quarto, di cui il conjuge era ancora debitore quando si è maritato: essa non sarà tenuta del di più; imperciocchè questi debiti sono personali del conjuge soltanto per la quarta parte di cui egli era, nella sua qualità di erede, personalmente debitore; pel di più non sono debiti della sua persona, ma dei beni dell' eredità, che vi sono ipotecati, ed ai quali è succeduto; non entrando questi beni nella comunione, essa non deve essere tenuta a questo peso; quindi se tali debiti vengono pagati durante la comunione, senza che abbiasi potuto aver regresso contro i coeredi del conjuge, per la loro insolvibilità, il conjuge, i di cui beni sono stati liberati, deve compensare la comunione per tre quarti di tale pagamento.

238. In generale, lo Statuto addossando alla comunione legale i debiti passivi de' conjugi, non le addossa se non i debiti mobiliari de' quali essi sono debitori personali, e non quelli de' quali sono tenuti ipotecariamente a cagione di uno de' loro fondi, che vi sia ipotecato; quindi se per liberare il fondo questi debiti sieno pagati, durante il matrimonio, co' danari della comunione, il conjuge, di cui il fondo viene ad esser liberato, la deve indennizzare, perchè ella non era tenuta a tali debiti.

239. Si usa fare un' eccezione alla massima, che tutti i debiti mobiliari de' quali ciascun conjuge si trova debitore al tempo della celebrazione del matrimonio, sieno un debito della comunione.

Questa eccezione concerne i debiti mobiliari, che hanno per causa il prezzo di un bene proprio di comunione dell' uno o dell' altro conjuge. Per esempio, se prima del mio matrimonio io ho comprato un fondo per diecimila lire pagabili in un certo tempo,

delle quali era ancora debitore allorchè contrassi matrimonio; sebbene questo debito sia un debito mobiliare, perchè è di somma di danaro, non ostante la comunione non ne sarà debitrice. Per la stessa ragione, se al tempo del mio matrimonio io era debitore di una certa somma per un compenso di divisione d' immobili di una eredità, che mi è toccata prima del matrimonio; essendo questo compenso il prezzo degli immobili, che mi sono toccati nella divisione, i quali sono miei beni proprj di comunione, essa non sarà tenuta della somma, che io debbo per questo compenso, quantunque sia un debito mobiliare; perciocchè è dovuta per lo prezzo dei miei beni proprj di comunione.

Questa eccezione, adottata da tutti gli autori e seguita in pratica, è fondata su ciò che è sembrato troppo duro, che un conjuge facesse pagare dalla comunione il prezzo di un fondo, ch' egli ritiene per lui solo, e che è suo proprio nella comunione.

Una tale ragione non è applicabile se non al caso in cui il conjuge, al tempo del suo matrimonio, sia possessore del fondo del quale deve il prezzo, ed in quel caso soltanto il debito del prezzo del fondo, quantunque mobiliare, non entra in comunione. Ma se prima del mio matrimonio io avessi rivenduto o altrimenti disposto del fondo pel prezzo del quale sono debitore di una certa somma, la comunione ne sarebbe tenuta come di tutti i miei debiti mobiliari.

Parimenti, questa ragione, che ha fatto considerare la causa del debito, per escludere dalla comunione i debiti di una somma di danaro, di cui l' uno de' conjugi, fosse debitore pel prezzo di un bene proprio di comunione, essendo una ragione, che non è applicabile se non a questi debiti passivi, Lebrun mal a proposito ne ha voluto prendere argomento per pretendere di escludere anche dalla comunione i crediti mobiliari, anteriori al matrimonio, che hanno per causa il prezzo dell'alienazione, che un conjuge ha fatto di uno dei suoi fondi prima di maritarsi. *Ved. supra*, n. 77.

Alcuni autori hanno avuto un' opinione singolare riguardo a questo debito del prezzo di un fondo proprio acquistato da uno de' conjugi prima del matrimonio: essi convengono, che questo sia un debito proprio di quel conjuge, e che in conseguenza egli ne debba il compenso alla comunione quando è stato pagato co' danari di essa. Ma vi mettono un temperamento, il quale è, che questo essendo un debito che, per la sua qualità di debito mobiliare, dovrebbe cadere nella comunione, e che non è escluso se non perchè è il debito del prezzo di un bene proprio del conjuge, il conjuge può liberarsi da questo debito e farlo entrare nella comunione, abbandonando ad essa il proprio fondo pel prezzo dovuto, e a cagione del quale era escluso dalla comunione. Vaslin nel suo commentario sullo Statuto della Rochelle cita per questa opinione Valla, *de rebus dubiis*, Laurent, Jouet, e Ferrière. Egli la rigetta con ragione; imperciocchè questo debito, rapporto alla sua causa, non essendo entrato nella comunione quando essa ha incominciato, non può più essere permesso al conjuge di farvelo entrare in seguito. Dovendo il conjuge solo profittare dell'aumento del prezzo, che ne fosse avvenuto, esso non deve farne sopportare la perdita alla sua comunione quando è diminuito di prezzo, per liberarsi dal pagarlo.

240. La massima, che i debiti passivi mobiliari di ciascun conjuge sieno a carico della comunione legale, soffre ancora un' eccezione riguardo ai debiti di un corpo certo, il quale, sebbene mobile, appartiene a quel conjuge solo che ne è debitore, e non è entrato nella comunione.

Si può addurre per esempio il debito che risulta dalla vendita, che un conjuge abbia fatta ad un mercante di legna, prima del suo matrimonio, di alberi che erano ancora in piedi sul suo fondo quando si è maritato: questo è un debito mobiliare di quel conjuge, perciocchè non deve dare gli alberi venduti, se non dopo che saranno stati atterrati, ed in conseguenza saranno divenuti cose mobili; nondimeno, siccome questi alberi quantunque mobili, essendo provenuti, durante il matrimonio, da un fondo proprio di comunione, non entrano in comunione

ed appartengono al conjuge solo cui appartiene la proprietà, mentre il debito di questi alberi è del conjuge solo e non della comunione.

241. Rimane da osservare riguardo ai debiti passivi mobiliari, tanto del marito quanto della moglie, che non entrano nella comunione legale, quando anche eccedessero il valore de' beni mobiliari ed anche di tutti i beni del conjuge, che ne è debitore; la moglie ha un rimedio, cioè la rinunzia alla comunione; ma il marito non ne ha, per liberarsi dai debiti de' quali sua moglie era debitrice quando egli l'ha sposata, e che per conseguenza sono entrati nella comunione: di là viene questo assioma: *chi sposa la donna sposa i debiti.*

242. Quantunque il marito diventi debitore dei debiti della donna, che ha sposata, pure i creditori di detta donna, sebbene avessero un titolo esecutorio contro di essa, non possono procedere contro il marito in via di esecuzione, se non abbiano prima ottenuta una sentenza contro di lui, la quale lo condanni al pagamento, o, ciò che è lo stesso, dichiari esecutorj contro di lui i titoli, che i creditori hanno contro sua moglie.

243. Riguardo ai debiti immobiliari, de' quali ciascun conjuge è debitore quando contrae il matrimonio, il conjuge che ne è debitore, ne rimane tenuto ei solo, e non la comunione. Per esempio, se poco prima del mio matrimonio io avessi venduto un fondo, del quale non avessi ancora messo in possesso il compratore al tempo del matrimonio, io solo vi rimango obbligato non essendo esso un debito della mia comunione in cui non è entrato.

Non importa che il debito sia di un immobile certo e determinato, come nella specie precedente, o di un immobile indeterminato. Per esempio, se mio padre, del quale io sono erede, benchè non avesse vigne abbia lasciato un legato ad alcuno in questi termini: *lascio a titolo di legato a un tale un jugero di vigna ne' buoni cantoni della provincia*; questo legato, di cui io era ancora debitore quando mi sono ammogliato, è il debito di un immobile indeterminato, per cui non deve esserne tenuta la comunione legale con mia moglie; quindi, se durante il matrimonio io compro un jugero di vigna per darla al legatario, io dovrò indennizzare la comunione della somma, che ne ho preso per acquistare questo fondo, perchè ha servito a pagare un debito di cui io solo era tenuto.

Diversa sarebbe la cosa se il legato fosse concepito in questi termini: *io lascio a un tale a titolo di legato di che comprare un jugero di vigna*; in questo caso non sarebbe stato legato un jugero di vigna, ma la somma che è necessaria per comprarlo: il debito, che risulta da questo legato, di cui sono tenuto, non sarebbe il debito di un immobile, ma di una somma di danaro, e per conseguenza un debito mobiliare, che entra nella comunione.

244. Se uno de' futuri conjugi, il quale al tempo del matrimonio era debitore di un fondo verso una persona cui si era obbligato di darlo, fosse inoltre debitore verso la medesima, rapporto a questo fondo, di somme di danaro, *puta* per frutti che ne avesse percepiti, per le degradazioni, che vi fossero avvenute per sua colpa, soltanto il debito del fondo non entra nella comunione, quelli fatti per causa de' frutti e delle degradazioni, essendo debiti di somme di danaro e per conseguenza debiti mobiliari, vi entrano.

245. Quando il debito di cui uno de' conjugi è obbligato nel tempo del suo matrimonio, è un debito alternativo di due cose, delle quali l'una sia immobile e l'altra mobile, il pagamento che ne farà il conjuge, che ne è debitore, determinerà se sia un debito immobiliare di cui il conjuge abbia ad esser solo debitore, o se sia un debito mobiliare, che debba stare a carico della comunione.

Questa scelta di pagamento dell'una delle due cose, dà essa luogo a qualche compenso? Ved. *infra*, *Parte* 4.

Non bisogna confondere co' debiti alternativi il debito di una cosa sola, con facoltà al debitore di pagarne una altra invece, come abbiamo veduto sopra.

246. Attesa la varietà degli Statuti sopra la natura delle rendite costituite

e prezzo di danaro, de' quali gli uni le reputano immobili e gli altri mobili, è ella la legge del domicilio del creditore cui è dovuta la rendita, o quella del conjuge, che ne è debitore, che dee decidere se questa rendita abbia o no ad entrare nella comunione di questo conjuge? Lebrun *Trattato della Comunione, lib.* 1, *cap.* 5, *n.* 35, decide benissimo che è la legge del domicilio, che ha il creditor della rendita nel tempo in cui il debitore si marita, la quale dee regolare s'essa abbia o no ad entrare nella comunione; questa è una conseguenza di ciò che abbiamo detto, n. 85, cioè che la legge del domicilio del creditor della rendita ne regolava la natura e le dava la qualità di mobile o d'immobile.

Secondo questo principio, se un Remese, al tempo che si marita, deve ad un Parigino una rendita, essendo questa rendita immobile secondo la legge del domicilio del creditore, la quale ne regola la natura, il debito di questa rendita, di cui è debitore il Remese, è debito di un immobile, il quale non deve per conseguenza entrare nella comunione legale di questo Remese.

Vice versa, se un Parigino, che si ammoglia deve una rendita ad un Remese, tale rendita essendo mobile secondo la legge del creditore a cui è dovuta, il debito di questa rendita di cui è debitore il Parigino, è debito di un mobile, e per conseguenza debito mobiliare, ch' entrar dee nella comunione legale di questo Parigino.

Quando il debito di una rendita è entrato nella comunione nella sua qualità di debito di una *cosa mobile*, che le dava la legge del domicilio, che allora aveva il creditore, sebbene in seguito, durante il matrimonio, questa rendita cangi di natura per la traslazione del domicilio del creditore sotto uno Statuto, che reputi immobili le rendite, non cesserà di essere a carico della comunione.

Parimenti, se la rendita di cui il conjuge era debitore allorchè si maritò era allora immobile, quantunque inseguito durante il matrimonio diventi mobile per la traslazione del domicilio del creditore, questo conjuge continuerà ad esserne solo debitore.

247. Le rendite costituite erano considerate immobili e non entravano nella comunione legale del conjuge, che ne è debitore se non riguardo al loro capitale; le annualità, essendo debiti mobiliari, vi entravano.

Egli è evidente, che i canoni di cui sono gravati i fondi de' conjugi non entrano nella comunione legale in cui non entrano i fondi, che ne sono tenuti: ma tutte le annualità dovute al tempo del matrimonio vi entrano, perchè sono un debito mobiliare del conjuge cui appartiene il fondo.

La comunione è anche tenuta di tutte le annualità delle rendite tanto costituite quanto prediali dovute da ciascun conjuge, le quali decorreranno per tutto il tempo ch'essa durerà; imperciocchè appartenendo alla comunione tutte le rendite de' beni proprj di ciascun conjuge, come l'abbiamo veduto *supra*, *sez.* 1, *art.* 3, ella deve esser tenuta di queste annualità, che sono un peso di queste rendite e le diminuiscono di pieno diritto.

Perciò i creditori delle rendite tanto prediali, che costituite dovute dalla moglie, hanno diritto di esigere dal marito, come capo della comunione, un nuovo titolo col quale egli si obblighi, nella sua qualità di marito di una tale, alla prestazione delle annualità delle dette rendite, che decorreranno finchè durerà la comunione.

§ 2. *Dei debiti, che i conjugi contraggono durante il loro matrimonio.*

248. Essendo il marito, durante il matrimonio e la comunione, il solo padrone di questa comunione, come abbiamo osservato al principio di questo Trattato; ed avendo il diritto di disporne a suo piacere tanto per la sua parte quanto per quella di sua moglie senza il di lei consenso, e di consumarli anco e dissiparli, ne viene, che la comunione è tenuta per tutti i debiti, ch' ei contrae durante il matrimonio e la comunione.

Questo diritto, che il marito ha di obbligare i beni della comunione tanto per la parte, che vi ha egli quanto per quella, che vi ha sua moglie, a tutti i debiti, che contrae durante la comunione, è una conseguenza della qualità, ch'egli ha di capo della comunione, che gli dà il diritto della

podestà, che ha sopra sua moglie: quando il marito fa qualche contratto, si reputa, che la moglie, non in suo proprio nome, ma come comune in beni, si obblighi con lui per la parte, che ha nella comunione, quando anche ella niente avesse saputo, e senza, che possa opporvisi.

Questo principio ha luogo riguardo a tutti i debiti, che il marito contrae durante la comunione.

Non importa, che la comunione ne abbia profittato o no, non importa nemmeno, che egli gli abbia contratti per affari della comunione o no. Per esempio, se il marito, durante il matrimonio, siasi costituito fidejussore per qualcuno, per affari ne' quali egli non abbia alcun interesse, ed unicamente per far piacere al debitore suo amico, quantunque la fidejussione non concerni gli affari della comunione, non perciò sarà sgravata dal debito risultante da tale fidejussione quando anche fosse insolvibile il debitore garantito dal marito.

Avvi di più, quando il marito ha commesso un delitto durante il matrimonio, non si può dire veramente, che sua moglie, la quale non vi ha partecipato, debbasi riputare averlo commesso con lui; ma non perciò si reputa, che non sia obbligata con lui, nella sua qualità di comune, alla riparazione del delitto, per la sua porzione di comunione: questa riparazione è un debito della comunione quantunque non ne abbia approfittato. Per esempio, se durante il matrimonio, il marito abbia in una rissa ferito gravemente alcuno verso il quale sia stato condannato a pagare una certa somma per riparazione civile, la comunione è obbligata a cotesto debito. Parimente è obbligata alle ammende alle quali possa essere condannato il marito durante il matrimonio tanto in materia di polizia, quanto in materia criminale.

249. Devesi eccettuare l'ammenda, alla quale il marito fosse condannato da un giudizio portante pena capitale. Le pene capitali sono quelle di morte, della galera a vita, e del bando perpetuo dal regno.

La ragione per la quale la comunione non è obbligata all' ammenda proferita contro il marito da un tale giudicato, si è che facendo questo perdere di pieno diritto al marito il suo stato civile, opera di pieno diritto lo scioglimento della comunione: dal che nasce non potersi dire, che il debito di queste ammenda sia stato creato durante la comunione, poichè il giudizio, che l'ha proferita, e pel quale il debito è stato contratto, proferì lo scioglimento della comunione.

Invano si opporrebbe, che il delitto fu commesso durante la comunione; imperocchè il delitto rende senza dubbio degno dell'ammenda colui, che lo commise, ma non lo rende propriamente debitore: soltanto la sentenza di condanna può formar questo debito.

È maggiore la difficoltà riguardo alla riparazione civile, alla quale il marito è stato condannato verso una parte civile dalla sentenza, che lo condanna alla pena capitale. Si può dire, che nel commettere questo delitto, durante la comunione, il marito ha fin da quel tempo contratto l'obbligo di riparare il danno da lui cagionato col suo delitto alla parte civile: dunque il debito di cotesta riparazione civile è stato contratto durante la comunione; e non è la sentenza di condanna, che ha prodotto il debito, non avendo essa fatto, che liquidarlo. Ciò nondimeno si giudica favorevolmente, che quando la riparazione civile è proferita da una sentenza capitale, la comunione non vi è obbligata, che fino alla concorrenza di ciò, che ne avrebbe approfittato. Livonière ne ha fatto una massima *lib* 4, *cap*, 1, *n*. 24.

250. Il principio, che abbiamo stabilito, che la comunione è obbligata a tutti i debiti, che il marito contrae finchè dura la medesima, patisce una eccezione riguardo a quelli, che sono contratti per affari concernenti l' interesse del marito solo, e di cui profitti solo egli. Questa eccezione deriva dal principio, che quantunque il marito durante il matrimonio e comunione sia l' assoluto padrone de' beni di essa, e ne possa in conseguenza disporre a suo piacere e dissiparli, nondimeno egli non può vantaggiarsene colla parte, che la moglie vi ha.

Quindi se durante la comunione io

mi sono obbligato verso il mio vicino di dargli una certa somma per la liberazione di un diritto di servitù, del quale il mio fondo era gravato a favore del suo, la comunione non sarà obbligata per questo debito: perciocchè è stato contratto per un affare, che concerne l'interesse di me solo e di cui io solo profitto; e perciò se in seguito io pagassi questa somma co' danari della comunione, dovrei indennizzarla. Si possono addurre un' infinità di altri esempj. *Ved. infra, part.* 4, ove tratteremo delle indennizzazioni.

251. Il principio che la comunione sia tenuta per tutti i debiti contratti dal marito essa durante, soffre parimenti eccezione riguardo a quelli, che ei contrae durante la comunione a favore di uno de' figli, ch' egli ha da un precedente matrimonio, o, se non ha figli, a favore di un suo erede presuntivo, di cui queste persone sole profittino; imperciocchè egli non può con pregiudizio della parte, che vi ha sua moglie, vantaggiare queste persone coi beni della comunione come non può vantaggiare se stesso.

Per esempio, se durante la comunione, il marito nel contratto di matrimonio di un suo figlio di un precedente matrimonio, o di un suo erede presuntivo, si è obbligato a dare una certa somma in dote, ne è debitore egli solo, la sua comunione non vi è tenuta

Lo stesso è di tutti gli altri debiti contratti per l'interesse di queste persone, come sarebbe una fidejussione, che il marito durante la comunione avesse subito per gli interessi di queste persone.

252. Si considera il tempo in cui il marito ha contratto il debito, per giudicare se la persona, in favor della quale è stato contratto, era suo erede presuntivo. Quindi se un marito durante la comunione ha promesso una somma per la dote di sua cugina, che era in allora sua erede presuntiva, la comunione non sarà tenuta per questo debito, quantunque in seguito questa cugina abbia cessato di essere erede presuntiva del marito a cagione dei figli ad esso sopravvenuti.

Vice versa: Se questa cugina non era allora sua erede presuntiva, quantunque lo sia divenuta in seguito, la comunione, che era tenuta per questo debito, continuerà ad esserla, meno che egli non avesse espressamente promesso, se non pel caso in cui essa lo diventasse. Per esempio, se un marito, che ha un solo figlio, promette una dote ad una sua cugina, che dopo il figlio è la più prossima parente, nel caso in cui questo figlio premorisse; questo debito deve essere considerato come contratto in favore del suo erede presuntivo, poichè è contratto pel caso in cui questa cugina lo diventasse, ed in conseguenza la comunione non deve esserne tenuta.

Non è lo stesso di un debito, che il marito contraesse senza il consenso della moglie in favore di uno de' loro figli comuni; questo debito è a carico della comunione, imperciocchè non appartenendo questo figlio meno a sua moglie, che a lui, non si può dire, che contraendo questo debito egli attiri alla sua parte i beni della comunione, con pregiudizio della moglie.

Per la stessa ragione, quando un uomo ha sposata una donna della sua famiglia, e che tanto l'uno quanto l'altra abbiano per suo erede presuntivo la stessa persona, sembra, che la comunione debba esser tenuta del debito, che il marito ha contratto in favore di questa persona senza il consenso della moglie.

253. La massima, che tutti i debiti contratti dal marito durante la comunione, debbono essere a di lei carico, dev'ella ricevere una terza eccezione riguardo all' obbligazione di garentia, che egli contrae verso un compratore a cui ha venduto durante la comunione un fondo proprio di sua moglie senza il di lei consenso? Io ho creduto altre volte, che questa obbligazione di garentia fosse un debito di comunione, come tutti quelli che il marito contrae mentre essa dura. In tale supposizione io ho deciso nel mio *Trattato del Contratto di Vendita*, n. 179, che se un marito ha venduto durante la comunione il fondo proprio di sua moglie senza il di lei consenso, e la moglie in seguito abbia accettata la comunione, il compratore doveva avere una eccezione di garentia contro la domanda in rivendicazione di questo fondo, per

farvi dichiarare la moglie non ammissibile per la metà, come essendo di tal metà tenuta nella sua qualità di comune. Io credo di dover cambiare di parere e fare per questa obbligazione di garentia una terza eccezione alla massima, che mette a carico della comunione tutte le obbligazioni, che, essa durante, il marito contrae. Ecco su di che mi fondo. La legge dà al marito la podestà sopra la persona e sopra i beni di sua moglie, e gli dà il diritto di far contratti tanto per lei quanto per lui, e di renderla nella sua qualità di comune partecine di tutte le obbligazioni, ch'esso contrae, senza avere per ciò bisogno del di lei consenso; ma la legge non accorda al marito questa podestà sopra la persona e sopra i beni di sua moglie, se non coll'espressa condizione, ch'egli non possa vendere i fondi proprj di sua moglie, senza il di lei consenso. Con questo divieto la legge della podestà maritale eccettua il contratto di vendita de' fondi proprj della moglie, dalla generalità de' contratti, che autorizza il marito a fare come capo della comunione, tanto per lui quanto per sua moglie nella di lei qualità di comune, senza aver bisogno del suo consenso. Quindi, allorchè il marito vende, durante la comunione, il fondo proprio della moglie senza il di lei consenso, non può esser riputato aver fatto questo contratto tanto per lui quanto per sua moglie nella sua qualità di comune, nè per conseguenza aver contratto, tanto in suo nome, che in nome di sua moglie, l'obbligazione di garentia verso il compratore, che questo contratto contiene. Egli solo adunque contrae questa obbligazione; la comunione non ne è tenuta, ma è tenuta, in caso di evizione, soltanto alla restituzione del prezzo, che ha ricevuto. La moglie, adunque, sebbene abbia accettata la comunione, può rivendicare il suo fondo proprio, che suo marito aveva venduto, offrendo solo all' acquirente la restituzione del prezzo, per la parte di cui essa ne è tenuta come comune, salva al compratore l'azione contro gli eredi del marito pel di più e pe' danni ed interessi risultanti dall'obbligazione di garentia.

Lo Statuto di Poitou ha seguito questo sentimento, permettendo (*art.* 230,) alla moglie di farsi restituire il suo fondo proprio quando il marito lo abbia venduto, senza far distinzione se sia comune o no. Lebrun, *lib.* 2, *cap.* 3, *n.* 38, dice, che sebbene la moglie abbia accettata la comunione, può rivendicare contro il compratore il suo fondo proprio pel totale, e che come comune è tenuta verso di lui, per la sua parte, de' danni ed interessi risultanti dall'obbligazione di garentia, che suo marito ha contratto durante la comunione, quando glielo ha venduto. Ciò implica contraddizione: imperciocchè non si può supporre, che la moglie possa rivendicare pel totale contro il compratore, se non supponendo ch'ella non sia in verun modo tenuta all'obbligazione di garentia, che suo marito ha contratto verso di lui; poichè se ne fosse tenuta non potrebbe esser ammessa nella sua domanda di rivendicazione per la parte di questa obbligazione, di cui era tenuta, secondo la massima, *quem de evictione tenet actio, cum agentem repellit exceptio*; ma se non è tenuta in questa obbligazione di garentia, non può esserne tenuta pe' danni ed interessi risultanti dall' inadempimento di questa obbligazione.

§ 3. *Dei debiti contratti dalla moglie durante la comunione.*

254. I debiti contratti dalla moglie durante la comunione per affari della comunione, stanno a carico della stessa comunione, quando ella è stata autorizzata da suo marito a contrarli.

255. I debiti, ch' ella ha contratti per ragione di un commercio, che esercita sotto gli occhi di suo marito, sono parimenti debiti della comunione, quantunque suo marito non l'abbia espressamente autorizzata a contrarli: imperciocchè avendo il marito prestato, almeno tacitamente, il suo consenso al commercio, che sua moglie esercita, vien riputato aver prestato tacitamente il suo consenso ai debiti, che essa ha contratti per ragione di questo commercio, di cui essi sono una conseguenza necessaria.

256. Riguardo agli altri debiti, che la moglie ha contratti senza l'appro-

vazione del marito, sebbene gli abbia contratti validamente, essendosi sul rifiuto di suo marito fatta autorizzare dal giudice a contrarli, la comunione non vi è tenuta, che fino alla concorrenza di quanto abbia profittato dall' affare pel quale sono stati contratti. Per esempio, se una moglie, sul rifiuto di suo marito, siasi fatta autorizzare dal giudice per procedere in giudizio per alcuni diritti ereditarj, che le venivano disputati, la comunione non sarà tenuta pe'debiti, che essa ha contratti per causa di questa azione, se non fino alla concorrenza di ciò, che n' abbia profittato. Quindi se il marito è chiamato in giudizio dai creditori della moglie pel pagamento de'debiti, ch' ella ha contratti per questa azione, il marito può farsi liberare dalla loro domanda, quando offrisse di dare le cose pervenutegli da questa rendita, ed i frutti, che ne abbia percepiti.

Lo Statuto di Orleans, contiene una disposizione conforme a questi principj: l'*art.* 201, dice: « Una donna maritata può intentare le sue azioni e diritti, con l'autorità di suo marito; ed in caso di rifiuto ella può chiedere di essere autorizzata dal giudice, e in tale qualità intentare le dette azioni; senzachè le sentenze o giudizj, che potessero pronunciarsi contro alle dette mogli non autorizzate nè assistite dai loro mariti, possano avere esecuzione sui beni della comunione, essa durante; tuttavolta il marito sarà tenuto di conferire ciò, che avrà avuto e ricevuto per causa dei detti diritti ed azioni intentate dalla detta moglie. »

Il marito deve, a tale effetto, fare un inventario di ciò, che gli è pervenuto per causa de' detti diritti, ed offrirlo ai creditori, o giustificarne con qualche altro atto equivalente, sotto pena di esser tenuto indefinitamente verso i detti creditori per non averlo fatto.

257. Quando la comunione non abbia in alcun modo profittato de' debiti, che la moglie ha contratti durante il matrimonio senza l' approvazione di suo marito, detta comunione non ne è in verun modo tenuta, sebbene la moglie gli abbia validamente contratti. Per esempio, se una moglie durante il suo matrimonio ha commesso qualche delitto per cui siasi proceduto contro di lei e sia stata condannata a qualche somma di danaro, sia per multa sia per riparazione, la comunione, che non ha profittato del delitto non sarà per nulla tenuta di questo debito; e siccome tutte le rendite de'beni della moglie appartengono alla comunione, finchè essa dura, come l' abbiam veduto *supra, sez.* 1, *art.* 3, così il creditore non potrà farsi pagare questo debito sui beni della moglie, se non dopo la dissoluzione della comunione.

Il nostro Statuto di Orleans, *art.* 200, ne contiene una disposizione. Esso dice: « Donna maritata . . può esser convenuta, senza suo marito, per l' ingiuria, che avesse fatta o detta ad alcuno, tuttavolta se la detta donna è condannata, il marito e i beni, che egli e la sua detta moglie hanno e posseggono, stante il loro matrimonio, non ne sono tenuti durante la comunione ».

Lo Statuto si spiega male; i beni della moglie sono tenuti pel debito, che risulta dalla condanna pronunziata contr'essa; essi vi sono ipotecati dal giorno della sentenza. Lo Statuto vuol dire solamente, che le rendite de'beni della moglie, finchè dura la comunione, non sono tenute per questo debito, perchè le rendite di tutto quel tempo non appartengono alla moglie debitrice; ma alla comunione, la quale non è tenuta per un tal debito.

Questa disposizione dello Statuto di Orleans, come quella sopra riportata, essendo fondata sui principj generali della comunione tra i conjugi, deve aver luogo negli Statuti, che non se ne sono spiegati.

258. Allorchè il creditore ha fatto costituire prigione la moglie per la riparazione civile cui l' ha fatta condannare, può egli ripetere dal marito, durante il matrimonio, le somme, che paga per gli alimenti della moglie pel tempo, che la ritiene in prigione? Le ragioni del creditore sono, che la comunione deve alla moglie gli alimenti; dunque egli ha pagato un debito della comunione quando glieli ha forniti; e per conseguenza parrebbe fondato

a farsene rimborsare dal marito, capo della comunione, che era debitrice dei detti alimenti, ed a carico della quale egli gli ha prestati.

Le ragioni del marito per difendersi da questa domanda sono: che la comunione non ha tratto profitto dagli alimenti forniti dal creditore alla moglie, che egli ritiene in prigione; che quelli i quali sarebbero stati forniti alla moglie nella casa di suo marito, che è il luogo ove essi sono dovuti, nulla avrebbero costato alla comunione, la quale sarebbe stata indennizzata dai servigj che le avrebbe reso.

259. Alcuni Statuti si sono allontanati dai principj generali, che abbiamo esposti sopra i debiti, che nascono dai delitti, sieno del marito sieno della moglie: tali sono gli Statuti di Angiò e del Manese, che non fanno alcuna distinzione tra il marito e la moglie; essi dicono distintamente, che il creditore del conjuge, il quale ha commesso il delitto, può prendere su i beni comuni la riparazione, che gliene è dovuta, salvo all' altro conjuge, che non ha commesso il delitto, di chiedere la separazione de' beni della comunione, per ristringere il creditore alla parte, che vi deve avere il conjuge, che ha commesso il delitto, la qual separazione di beni continua per l' avvenire.

260. Ci resta da osservare, che per evitare le frodi colle quali la moglie potrebbe eludere con antidate la regola, che non le permette di gravare la comunione dei debiti, ch'essa ha contratti durante il matrimonio senza il consenso di suo marito, la giurisprudenza ha stabilito, che la comunione non era tenuta per tutti i debiti contratti dalla moglie con private scritture, quantunque avessero una data anteriore al matrimonio, a meno che, il creditore non giustificasse la verità di questa data; salvo restando a lui di farsene pagare dalla moglie dopo la dissoluzione del matrimonio; tali decisioni sono riportate da Denisart. Ciò è fondato sul principio stabilito nel nostro *Trattato delle Obbligazioni*, n. 750, che gli atti fatti con scrittura privata non fanno fede della loro data in faccia ai terzi, contro de' quali non sono riputati avere data se non dal giorno, che vengono prodotti. Io credo però, che si debba aver riguardo alle circostanze.

§ 4. *Dei debiti delle eredità, che sono devolute all' uno o all'altro de'conjugi durante la comunione.*

261. Quando, durante la comunione, è devoluta una eredità all' uno o all' altro conjuge, e questo conjuge l' abbia accettata; se questa eredità non consiste, che in mobili, la comunione in questo caso profittando intieramente dell'eredità, deve sopportarne tutti i pesi ed esser tenuta per tutti i debiti, tanto *mobiliari* quanto delle rendite, che fossero dovute dal defunto. Vi è nondimeno una differenza tra il marito e la moglie. Quando il marito ha accettata un' eredità di un uomo insolvibile, la quale consistesse soltanto in mobili, la comunione, che ha raccolto tutti i beni di tale eredità, è tenuta per tutti i debiti, quantunque eccedano di molto l'attivo di cui essa ha profittato. Al contrario, quando una donna, sulla negativa di suo marito, sia stata autorizzata dal giudice ad accettare una eredità, che consisteva soltanto in mobili, la comunione non è tenuta pei debiti di tale eredità, se non fino alla concorrenza dell'attivo di cui ha profittato.

262. La ragione di tale differenza tra marito e moglie deriva dai principj, che abbiamo stabiliti ne' paragrafi precedenti; essendo il marito assoluto padrone de'beni della comunione finchè ella dura, potendo disporne a suo piacere, anche disperderli, la comunione è tenuta di tutti i debiti, ch'egli contrae finché dura la comunione, sia ch' ella abbia profittato o no degli affari pe' quali sono stati contratti, come l' abbiamo veduto n. 248; devono adunque essere a totale di lei carico i debiti delle eredità devolute al marito mentre essa dura, e de'quali egli si è costituito debitore, accettandole indistintamente, quantunque questi debiti eccedessero l'attivo delle dette eredità di cui essa ha profittato. All' opposto, non avendo la moglie il diritto di disporre de'beni

della comunione, durante la quale essa non vi ha ancora, che un diritto informe, ella non può obbligare la comunione senza l' approvazione del marito, senonchè fino alla concorrenza di ciò, che ne avesse profittato dagli affari pe' quali essa gli ha contratti, come l'abbiamo veduto, n. 526; onde ne viene, che quando, durante la comunione, una moglie autorizzata dal giudice, rifiutando il marito di autorizzarla, accetta indistintamente una eredità più passiva, che attiva, non può la comunione esser tenuta dei debiti pe'quali la moglie si costituisce debitrice accettandola, senonchè fino alla concorrenza di ciò, che la detta comunione profitta de' beni di tale eredità.

Quindi, se il marito, come capo della comunione, viene escusso dai creditori delle dette eredità, offrendo di dar tutto ciò, che gliene è pervenuto, deve esser liberato dalle loro istanze, e questi creditori sono obbligati ad aspettare il tempo della dissoluzione della comunione per farsi pagare di ciò che manca dalla moglie, che si è resa debitrice accettando l'eredità; mentre prima la moglie nol può, perchè fino a quel tempo le entrate di tutti i suoi beni non appartengono a lei, ma alla comunione.

263. Quando l'eredità devoluta ad un conjuge, durante la comunione, è composta soltanto di beni immobili, in questo caso tutto l'attivo, essendo proprio di comunione del conjuge a cui è devoluta l'eredità, egli deve essere tenuto per tutto il passivo, tanto dei debiti *mobiliari*, quanto delle rendite; imperciocchè la comunione, la quale non succede alle attività, non deve esser neanche tenuta alle passività, eccettochè per le annualità ed interessi, che decorreranno dall' apertura della successione fino alla dissoluzione della comunione, essendo queste annualità ed interessi un peso dell' entrate dei beni di questa eredità, i quali, come quelli di tutti gli altri beni del conjuge, appartengono alla comunione finchè essa dura.

264. Quando l'eredità pervenuta ad uno de'conjugi durante la comunione consiste parte in beni mobili, che entrano nella comunione, e parte in immobili, che non vi entrano, e che sono beni proprj di comunione di quel conjuge a cui è pervenuta l'eredità, Lebrun e Renusson pensano, che la comunione sia in questo caso gravata di tutti i debiti mobiliari dell' eredità, e che il conjuge erede sia solo obbligato di tutti i capitali di rendite dovute dalla comunione; salvo che, nel caso in cui i debiti mobiliari eccedessero l'attivo dei mobili, essi accordano alla comunione un compenso di quell' eccedente contro il conjuge, fino alla concorrenza di ciò, che ha profittato dagli immobili dell' eredità, che sono suoi beni proprj di comunione; e parimenti nel caso in cui i capitali delle rendite dovute dall'eredità, de' quali è gravato il conjuge, eccedessero il valore degli immobili al quale egli succede, essi gli danno un compenso contro la comunione fino alla concorrenza di ciò, ch' essa profitta de' beni mobili, deduzion fatta dei debiti. Io penso, che vi sia da fare una distinzione tra i differenti Statuti.

Vi sono degli Statuti, i quali mettono a carico de' mobili delle eredità tutti i debiti mobiliari di esse; non vi ha dubbio, che in questi Statuti la comunione, in cui entra tutto il mobile attivo delle eredità pervenute all' uno o all'altro conjuge, sia tenuta di tutti i debiti mobiliari di esse.

Ma vi sono degli Statuti, come quello di Parigi, *art.* 334, i quali fanno contribuire gli eredi delle diverse specie di beni a tutte le differenti specie di debiti, tanto mobiliari quanto rendite, in proporzione di ciò, che ciascuno di essi ha nell'attivo dell'eredità. Lo spirito di questi Statuti è, che ciascuna differente specie di beni, de'quali è composto il totale dell' eredità, sia un peso di una porzione di tutte le differenti specie di debiti, siano *mobiliari*, siano rendite, il qual carico sia nella stessa proporzione in cui è il valore di ciascuna specie di beni alla ragione del totale dell'eredità. Per esempio, se il mobile dell'eredità ne fa il terzo del totale, esso è tenuto in questi Statuti a tutti i debiti, tanto mobiliari quanto capitali di rendite dovute dalla eredità.

265. Quando in questi Statuti una eredità è deferita ad uno de'conjugi

durante la sua comunione, e sia composta di mobili, che entrino nella comunione, e d' immobili, che diventino proprj di comunione di questo conjuge, io durerei fatica a seguire l' opinione di Lebrün e di Renusson, ed inclinerei piuttosto per quella di Lemaitre e di alcuni altri autori, i quali pensano, che in questo caso la comunione debba esser tenuta della porzione di tutti i debiti, tanto mobiliari quanto capitali di rendite dovute dall'eredità, de' quali lo Statuto, che ha deferita questa eredità, grava i mobili; e che parimenti il conjuge, il quale ritiene gl' immobili dell' eredità come beni proprj di comunione, deve solo esser tenuto dell'altra porzione de'debiti, tanto mobiliari quanto capitali di rendite, de'quali la comunione grava gl'immobili.

Per esempio, se i mobili della eredità ne fanno un terzo, e gl' immobili ne facciano gli altri due terzi, la comunione sarà tenuta del terzo di tutti i debiti, tanto mobiliari quanto capitali di rendite, e il conjuge sarà tenuto solo per gli altri due terzi, salvo, che la comunione sarà tenuta in totale di tutti gl'interessi ed annualità, che decorreranno per tutto il tempo, che durerà la comunione; perciocchè le entrate de' detti immobili, come pure quelle di tutti i beni del conjuge, appartengono alla comunione durante il detto tempo.

266. Io mi fondo sulla ragione, che il contratto di comunione fatto tacitamente tra i conjugi racchiude, come tutti i contratti di società, delle cessioni reciproche, che ciascuna parte fa all' altra, delle cose e de' diritti, ch' essa mette in comunione per la parte, che l' altro conjuge deve avervi; quindi allorchè mi è pervenuta un' eredità durante la mia comunione, nella divisione de'beni della comunione, che io farò dopo la morte di mia moglie col di lei erede, questo erede deve essere considerato nella sua qualità di comune per metà, come cessionario per metà de' miei diritti ereditarj nei mobili della successione; per conseguenza egli deve essere tenuto pe'debiti di tale eredità, che io ho fatto entrare nella comunione, come vi sarebbe tenuto ogni altro cessionario a cui un erede avesse ceduto una metà de'suoi diritti ereditarj ne'mobili di una successione. Ora un tal cessionario, nello Statuto di Parigi, sarebbe tenuto per la metà, non di tutti i debiti mobiliari di tale eredità, ma della porzione, che i mobili di questa eredità devono sostenere in tutti i debiti, tanto mobiliari quanto in rendita dalla eredità dovute, secondo il contributo e la ripartizione da farsene sopra le differenti specie di beni de'quali è composta l'eredità. L'erede adunque di mia moglie in tal caso deve parimenti esser tenuto della metà, non di tutti i debiti mobiliari della eredità caduti nella comunione, ma della porzione di tutti i debiti, tanto mobiliari quanto delle rendite da essa dovute, cui i mobili di detta eredità sono tenuti, e la comunione non è gravata se non di questa porzione.

267. Si oppone contro questa opinione, che essa è contraria ai principj della materia della comunione; secondo questi la comunione dev'essere gravata di tutti i debiti mobiliari di ciascun conjuge; i debiti di una eredità, per l'accettazione pura e semplice, che l'erede ne fa, diventano debiti personali dell' erede; quindi i debiti mobiliari di una eredità, che un conjuge ha accettata durante la comunione, essendo divenuti debiti di questo conjuge, la comunione, che deve essere gravata di tutti i debiti mobiliari di ciascun conjuge, deve adunque esser gravata di tutti i debiti mobiliari dell'eredità, i quali sono divenuti debiti di questo conjuge in forza della di lui accettazione. L'opinione di Lemaitre, che non la grava se non di una parte è dunque contraria ai principj della comunione. La risposta è, che il principio, il quale grava la comunione di tutti i debiti mobiliari di ciascun conjuge, soffre una eccezione riguardo a quelli, che un conjuge ha contratti per causa di qualche sua proprietà di comunione, come lo abbiam veduto sopra, n. 239: ora, i debiti mobiliari della eredità, per la porzione di cui ne sono gravati gl'immobili, sono debiti, che il conjuge ha contratti per causa de'detti immobili, ai quali egli solo è succeduto, e per conseguenza per causa delle sue pro-

prietà di comunione, le quali devono essere eccettuate dalla regola, che fa cadere i detti debiti mobiliari de' conjugi nella comunione, e dei quali egli solo deve esser tenuto.

Denisart assicura, che quest' opinione, che noi abbiamo abbracciata, è messa in pratica nel *Chatelet* di Parigi.

268. Io era creditore, allorchè mi sono ammogliato, di una rendita costituita dovuta da uno de' miei parenti: essendo questa rendita riputata immobile, è una mia proprietà di comunione dacchè io son diventato unico erede puro e semplice del debitore di questa rendita: posso io pretendere, che la nostra comunione mi debba tenere conto di questa rendita, o pel totale se l' eredità, che mi è pervenuta consisteva soltanto in mobili ed è entrata per intero nella nostra comunione, o per la parte di cui i mobili ereditarj erano tenuti pe' debiti di tale eredità, se essa consisteva in mobili ed immobili? La ragione di dubitare è, che, quando io sono diventato erede puro e semplice di quello, che era debitore della rendita, se ne è fatta la estinzione e confusione, poichè le qualità di creditore e di debitore si distruggono reciprocamente quando concorrono in una medesima persona: ora, dicesi, io non ho ragione a pretendere, che la nostra comunione mi tenga conto di ciò che non esiste più; imperciocchè la nostra comunione non ha potuto essere debitrice di questa rendita verso di me, poichè ha cessato di esistere subito e nello stesso istante, che io sono divenuto erede del mio debitore. Non ostante questa ragione bisogna decidere, che la nostra comunione sia tenuta verso di me per la comunione di questa rendita, e che in conseguenza al tempo della dissoluzione della comunione, mia moglie o i di lei eredi in caso di accettazione della comunione, saranno tenuti a continuarmela per la metà, ch' essi hanno nella comunione. Questa decisione è fondata sulla *l.* 2, § 18, ff. *de haered. vend.* la quale decide, che quando un erede, dopo di avere accettata una eredità, ha ceduto ad alcuno i suoi diritti ereditarj, il cessionario di tali diritti è tenuto di tener conto al suo cedente di ciò, che gli era dovuto dal defunto, della cui eredità sono stati ceduti i diritti: *Quum quis debitori suo haeres extitit*, dice questa legge, *confusione creditor esse desinit, sed si vendidit haereditatem, aequissimum videtur emptorem haereditatis vicem haeredis obtinere, et idcirco teneri venditori haereditatis.* Ora, come abbiamo osservato, la nostra comunione in cui entrano i beni e i diritti dell' eredità del mio debitore, che mi è pervenuta, deve esser considerata come cessionaria dei diritti ereditarj: essa dunque, secondo questa legge, deve tenermi conto di ciò, che mi era dovuto dal defunto.

La ragione della legge è che il cessionario de' diritti ereditarj avendo tutto l' emolumento della eredità, ne dee sopportar tutti i pesi; quindi egli dee rimborsare all' erede suo cedente tutto ciò, che questi ha sborsato per liberarsi dai debiti dell' eredità, non solo co' pagamenti reali, ma colla confusione, che si è fatta dei debiti dell' eredità che erano dovuti all' erede, la quale confusione è una specie di pagamento.

269. Che deesi decidere sulla quistione contraria? Quando io mi sono ammogliato era debitore verso uno dei miei parenti di una somma per lo prezzo di un fondo, ch' egli mi avea venduto poco prima del mio matrimonio, e che era per conseguenza proprietà di comunione; questo debito essendo stato contratto per causa di una proprietà di comunione, io solo ne sono tenuto; esso non è debito di comunione, n. 239: in seguito, durante la comunione, io sono divenuto erede unico del creditore; essendo questo credito che il defunto avea contro di me, un credito mobiliare, si riputerà essere entrato nella nostra comunione come tutto il resto de' mobili di questa eredità, che mi è pervenuta, e ne sarò io debitore verso la nostra comunione? La ragione di dubitare è, che essendosi fatta confusione ed estinzione di questo credito, che il defunto avea contro di me, dal momento che io sono divenuto di lui erede, questo credito, ch' era estinto e non esisteva più, non ha potuto entrare nella nostra comunione. La ragione di decidere al contrario è che la comunione di un conjuge al quale perviene una eredità deve esser considerata come un

cessionario dei diritti ereditarj mobiliari di questo conjuge; ora la *l.* 37, ff. *de pecul.* decide che l'erede, il quale ha ceduto i suoi diritti ereditarj, deve addossare al suo cessionario ciò, che egli dovea al defunto; perchè con questa eredità esso gli cede tutto ciò che gliene è pervenuto o che deve pervenirgliene, e per conseguenza l'emolumento, che egli diventando erede ha percepito dall'estinzione del debito di cui era debitore verso il defunto. Io debbo adunque, secondo questa legge, tener conto alla nostra comunione, che è cessionaria de' miei diritti ereditarj mobiliari dell'eredità, che mi è pervenuta, del credito mobiliare che il defunto aveva contro di me; questo credito, dal quale io sono stato liberato col divenire suo erede, *fa* parte dei diritti mobiliarii de' quali la nostra comunione è cessionaria.

ARTICOLO II.

Degli altri pesi della comunione legale.

270. Gli altri pesi della comunione sono gli alimenti, che essa deve fornire ai conjugi, e l'educazione de' figli comuni.

Riguardo agli alimenti ed alle spese di educazione de' figli, che ciascun conjuge ha da un precedente matrimonio, se i detti figli hanno un' entrata bastante per provvedervi da loro stessi, la comunione non deve essere gravata; essi devono esser presi sulle entrate dei detti figli; ma se non hanno entrata per provvedervi, gli alimenti e l'educazione sono in questo caso un debito naturale del loro padre o madre, del quale deve essere gravata la comunione in cui entrano i debiti di ciascuno de' conjugi.

271. Avendo la comunione, per tutto il tempo che ella dura, il godimento de' beni proprj di ciascun conjuge, ne viene in conseguenza che deve essere a di lei carico la manutenzione di tali fondi, questa manutenzione comprende tutte le spese, che bisogna fare pel godimento di questi fondi e per tenerli in buono stato, secondo la loro differente natura. Per esempio la manutenzione di una vigna, deve comprendere le spese, che bisogna fare per coltivarla, per concimarla, per guernirla sufficientemente di pali, per propaginare, rinnovare le viti, cavandone quelle, che sono troppo vecchie e ripiantarvene altre in loro vece.

Le spese per coprir di paglia le case rurali, per concimar le terre colla marga, per popolare un colombajo, una conigliera o una peschiera, per circondar di fosse o di siepe un fondo in cui ve ne sia bisogno, sono pure cose le quali concernono la manutenzione di cui è gravata la comunione. Lo stesso è delle riparazioni da farsi alle case su i fondi proprj di ciascun conjuge.

272. Bisogna però eccettuarne quelle che si chiamano *riparazioni straordinarie* le quali piuttosto sono ricostruzioni che riparazioni. Queste grosse riparazioni non sono di manutenzione e non sono per conseguenza a carico della comunione. Lo Statuto di Parigi, *art.* 262, ci dà una regola per discernere quali siano le riparazioni di manutenzione che sono a carico di quelli che hanno il godimento del fondo, e quali siano quelle che si chiamano *grosse riparazioni*, che sono a carico del proprietario: esso dice che quelle di manutenzione sono tutte le riparazioni fuori *delle quattro muraglie maestre, l'intiero tetto e le volte*.

Le quattro muraglie maestre sono i due lati e le due ale che comprendono l'edifizio; se abbiasi a rifare di nuovo uno di questi quattro grossi muri sul fondo di un conjuge, questa è una grossa riparazione, che non è a carico della comunione; e per conseguenza deve esser indennizzata dal conjuge proprietario del fondo quando è stata fatta co' di lei denari, come vedremo *infra*. Lo stesso è, se si avesse dovuto sostituire un nuovo trave, ad uno tarlato, o ricostruire una volta, o rifare intieramente un tetto di cui i legnami non fossero più buoni.

Quantunque la comunione non sia ordinariamente tenuta di queste riparazioni straordinarie, nonostante se si avessero da fare sopra un fondo proprio della moglie e fossero derivate dalla mancanza di riparazioni ordinarie per tutto il tempo che ha durato

la comunione, il marito che, come capo di essa, era obbligato a tali riparazioni, avrebbe in questo caso gravata la comunione delle spese straordinarie per sua mancanza.

273. Le spese che si fanno sopra un fondo, non per semplicemente percepirne i frutti; ma per convertirne la forma in un' altra più vantaggiosa, non sono spese ordinarie; tali sono quelle che si fanno per render coltivabile una terra incolta, per convertire in vigna o in bosco una nuda terra, per farne un prato o una peschiera, o per farvi sopra una fabbrica. Se durante la comunione sieno state fatte tali spese sopra il fondo proprio di un conjuge, esso deve indennizzarne la comunione, che ha fornito i danari per farle.

274. Devonsi anche comprendere fra i pesi della comunione, le spese di inventario degli effetti de' quali è composta la comunione e de' titoli che ne dipendono, le spese di liquidazione di ciò che i conjugi o i loro eredi devono prelevare sulla comunione o delle compensazioni che le devono; finalmente le spese di divisione de' beni della comunione, e tutte quelle che bisogna fare per pervenirvi, come sono quelle fatte per la stima de' beni.

275. Le spese funerali del conjuge predefunto non sono a carico della comunione: la sua eredità ne è tenuta pel totale. Molti Statuti, come Meaux, *cap.* 9, *art.* 51, ed altri ne contengono delle disposizioni, le quali devono essere eseguite in quelli che non ne hanno fatto parola. La ragione è che queste spese non si fanno che dopo la morte, tempo in cui non v' ha più comunione, la quale è stata disciolta dalla morte del conjuge.

La somma che viene aggiudicata alla vedova pel suo abito di lutto fa parte di queste spese funerarie, e deve per conseguenza esserle pagata intieramente sopra l' eredità del marito e non sopra la comunione.

276. Egli è evidente che i legati fatti dal predefunto non sono dovuti dalla comunione, e che l' eredità ne è sola tenuta pel totale; ciò ha luogo anche riguardo a quelli fatti dal marito: imperciocchè il potere che avea il marito di disporre a suo piacere de' beni della comunione è un potere, che egli non ha se non durante la sua vita, e finchè dura la comunione: egli può adunque disporne soltanto con atti tra vivi, i quali abbiano il loro effetto durante la sua vita e la comunione; ma non può disporre con disposizioni testamentarie che non possono aver effetto se non dopo la sua morte, e per conseguenza dopo la dissoluzione della comunione.

277. Non ostante ciò, se la causa del legato fosse per riparazione di qualche danno cagionato dal marito al legatario, e la causa fosse documentata, essendo questo legato in tal caso un debito della comunione anzichè un legato, sarebbe a carico della comunione; ma se non sia provata la causa, quantunque espressa nel testamento, la comunione non deve esserne tenuta; diversamente sarebbe in potere del marito di prorogarsi il diritto di disporre de' beni della comunione dopo la sua morte col pretesto di una causa falsa di restituzione.

Gli eredi del marito, i quali pretendono che debba esser preso il legato su i beni della comunione, non hanno in questo caso, per mancanza di prova della causa del legato, che l' espediente di deferire il giuramento alla vedova, se ella ne ha cognizione.

CAPITOLO III.

Della comunione convenzionale e delle differenti convenzioni che intervengono rapporto alla comunione.

SEZIONE PRIMA.

Della comunione convenzionale.

278. La comunione convenzionale è quella, che è formata dalla convenzione espressa delle parti fatta nel loro contratto di matrimonio.

La convenzione di comunione nei contratti di matrimonio si fa ordinariamente *pure*; nondimeno niente impedisce che le parti possano apporvi

un termine o una condizione. Si può, per esempio, convenire che vi sarà comunione tra i conjugi la quale non comincerà se non dopo un anno di matrimonio. Si può parimente convenire *che vi sarà comunione tra i conjugi purchè abbiano figli dal loro matrimonio.*

È stata promossa la questione, se si fosse adempiuta questa condizione colla nascita di un solo figlio, quantunque fosse poscia morto durante il matrimonio: con una sentenza del 22 maggio 1759, riportata da Denisart, è stato giudicato per l'affermativa; tale decisione è conforme a quella della legge 4, Cod. *quando dies leg. ced.* ove dicesi; *quum uxori ususfructus fundi legatur et ejus proprietas, quum liberos habuerit, nato filio statim proprietatis legatis dies cedit, nec quidquam obest si is decedat.*

279. Quando le parti nel loro contratto di matrimonio hanno semplicemente detto che vi sarebbe fra essi comunione di beni, senza spiegarsi di più, questa comunione convenzionale non è differente dalla comunione legale, ed è composta tanto nelle attività quanto nelle passività delle stesse cose delle quali è composta la comunione, secondo lo Statuto del luogo del domicilio che il marito avea quando si è ammogliato.

280. Non incominciando la comunione convenzionale, come pure la comunione legale, se non dal giorno della celebrazione del matrimonio, come lo abbiamo stabilito, n. 25, ne viene in conseguenza che in quel tempo soltanto devesi osservare se le cose, le quali appartengono a ciascun conjuge, sieno di tal natura da potervi entrare. Quindi se un uomo di Cambrai, il di cui Statuto reputa mobili le rendite costituite a prezzo di danaro, viene a prender moglie a Parigi, conservando il suo domicilio in Cambrai, ove egli conta di ritornare con sua moglie dopo contratte le nozze; e che nel contratto di matrimonio siasi stipulata una comunione senz' altra spiegazione, le rendite, le quali appartengono a sua moglie, che erano immobili finchè ella ha avuto il suo domicilio in Parigi, diventano mobili dal momento della celebrazione del matrimonio; perchè essa perde il suo domicilio in Parigi ed acquista quello di suo marito che è in Cambrai: desse devono adunque entrare nella comunione.

Devesi seguire la stessa decisione nel caso contrario quando un Parigino va a prender moglie a Cambrai coll'intenzione di ritornare a Parigi, la moglie acquistando dal momento della celebrazione del matrimonio il domicilio di suo marito che è a Parigi, le rendite, che le appartengono, diventano immobili e non cadono in comunione.

281. Non deve però esser permesso ad un conjuge di cambiare in frode dell' altro conjuge la natura de' beni, che aveva al tempo del contratto di matrimonio, i quali per loro natura fossero capaci di entrare in questa comunione, alienando i mobili, ed acquistando in sua vece degl' immobili; imperciocchè non spiegandosi le parti nel contrarre il matrimonio sulle cose, che dovrebbero comporre la comunione, vengono riputate esser tacitamente convenute ch' essa sarà composta delle cose che ciascun conjuge aveva allora, e che per loro natura potevano entrarvi. Quindi gl' immobili ne' quali un conjuge ha nel tempo intermedio convertito i suoi beni mobili, sebbene acquistati da esso prima della comunione, pure debbono entrarvi, essendo come in luogo de' beni mobili, ch' egli possedeva nel tempo del contratto di matrimonio, i quali dovevano entrarvi e su i quali l' altro conjuge avea diritto di calcolare.

Non è lo stesso di un fondo, che fosse stato donato ad un conjuge nel tempo intermedio: essendo stata fatta la donazione prima che cominciasse la comunione, il fondo non vi entrerà; perchè in questo caso non è stato in modo veruno defraudato l' altro conjuge che non ha dovuto contare sopra un tal fondo.

Se un conjuge nel tempo intermedio avesse convertito in mobili gl' immobili, che aveva nel tempo del contratto di matrimonio, coll' intenzione di fare entrare questi mobili nella comunione e vantaggiare con questo mezzo l' altro conjuge, questi mobili devono essere esclusi; altrimenti sarebbe un vantaggio ch' egli farebbe all' altro conjuge in un tempo proibito.

Egli è permesso ai futuri conjugi di farsi prima del matrimonio tutti i vantaggi, ch'essi giudicano conveniente di farsi; ma non è loro permesso di farsene segretamente nel tempo intermedio del contratto di matrimonio; l'affettazione ch' essi hanno avuto di dissimularli nel tempo del contratto di matrimonio fa presumere che sieno dettati dalla passione, poichè hanno vergogna di farli: perciò gli Statuti dichiarano nulle tutte le contradichiarazioni fatte ai contratti di matrimonio.

SEZIONE II.

Delle differenti clausole che possono aver luogo ne' contratti di matrimonio rapporto alla comunione.

ARTICOLO PRIMO.

Della clausola colla quale i futuri conjugi convengono che la loro comunione sarà regolata da un determinato Statuto.

282. La comunione, in mancanza di convenzioni speciali delle parti, si regola collo Statuto del luogo del domicilio che aveva il marito al tempo del matrimonio, come abbiam veduto più sopra.

Qualche volta le parti convengono con una clausola particolare, che la loro comunione sarà retta da un tale Statuto, che non è quello del domicilio del marito.

Se lo Statuto dal quale le parti hanno dichiarato che volevano che fosse regolata la loro comunione, non contiene disposizioni differenti da quelle del domicilio del marito, la clausola è superflua; ma se ne contiene delle differenti, la clausola ha effetto: imperciocchè in conseguenza di questa clausola, tutto ciò che concerne tale comunione non deve essere regolato dallo Statuto del domicilio del marito, ma da quello da cui le parti hanno dichiarato di volere che fosse regolato.

283. Secondo questa massima, se nel contratto di matrimonio di un Orleanese siasi convenuto che la comunione sarebbe regolata dallo Statuto di Blois, i frutti che al tempo della dissoluzione della comunione si troveranno pendenti ne' beni proprj di ciascun conjuge, quantunque non sieno raccolti che dopo la dissoluzione della comunione, apparterranno ad essa, secondo lo Statuto di Blois, purchè le terre sieno state lavorate e seminate durante la comunione, in vece che lo Statuto d'Orleans gli attribuisce al conjuge al quale appartiene il fondo o ai di lui eredi, coll' obbligo d' indennizzare la comunione de' lavori e sementi, come lo abbiam veduto *supra, cap* 2, *art.* 3.

284. Quando un uomo conservando il suo domicilio sotto lo Statuto di Cambrai, il quale reputa mobili le rendite costituite a prezzo di danaro, viene a prender moglie a Parigi, la clausola apposta nel contratto di matrimonio, che la comunione sarà regolata dallo Statuto di Parigi, ne esclude ella le rendite costituite, che appartengono a ciascun conjuge? Per la negativa, dicesi che lo Statuto di Parigi non ha alcuna disposizione formale e diretta, la quale escluda le rendite costituite dalla comunione; quella disposizione in cui le reputa immobili non comprende che le rendite le quali appartengono a persone che il loro domicilio assoggetta alle sue leggi; questo sposo domiciliato in Cambrai, come anco sua moglie, la quale dal momento della celebrazione del matrimonio ha perduto il suo domicilio di Parigi ed acquistato quello di suo marito, essendo retti l' uno e l' altra dallo Statuto di Cambrai, le rendite che appartengono all' uno e all' altra sono mobili, e per conseguenza debbono entrare in comunione; imperciocchè lo Statuto di Parigi da cui questi conjugi han voluto che essa fosse regolata, dice espressamente che marito e moglie sono comuni in *tutti i beni mobili.*

Si dice, all' opposto, per l' affermativa, che la intenzione della famiglia della moglie, stipulando che la comunione sarebbe regolata dallo Statuto di Parigi, è stata che non entrasse in comunione se non ciò che vi entrerebbe se il matrimonio fosse stato contratto con un Parigino; e che le cose che lo Statuto di Parigi reputa immobili ed escluse in conseguenza dalla comunione conjugale, come sono le

rendite costituite, fossero parimenti, rapporto alla comunione, riputate tali e non entrarvi; e devesi credere che tale sia stato l' oggetto di questa convenzione, perchè diversamente sarebbe essa stata inutile, non avendo di altronde lo Statuto di Parigi disposizioni differenti da quello di Cambrai sulla materia della comunione, e giusta la seconda regola d'interpretazione, che noi abbiamo proposta nel nostro *Trattato delle Obbligazioni*, n. 92, una convenzione deve essere interpretata piuttosto in un senso, che le dà qualche effetto, anzichè in un senso in cui fosse superfluo.

La medesima questione ha luogo in caso contrario, quando un Parigino, conservando il suo domicilio in Parigi, fosse andato a prender moglie a Cambrai, e siasi convenuto nel contratto di matrimonio, che la comunione sarebbe regolata dallo Statuto di Cambrai.

285. Queste convenzioni circa gli Statuti, che debbono regolare la comunione, non hanno effetto se non in ciò, che concerne la comunione, cioè circa le cose, che devono entrarvi o no, circa l' anteparte, che il superstite deve prendere nella divisione della comunione, ec..

286. La convenzione con la quale si dicesse solamente, che le parti promettono di sposarsi secondo un tale Statuto, essendo concepita in termini indefiniti, è più generale e si estende a tutte le convenzioni matrimoniali; *puta*, al vedovile del quale lo Statuto, a cui sonosi sottomessi, deve regolare la quantità, e se abbia ad essere proprio riguardo ai figli, ec.

Ma non dà alle parti il diritto, che lo Statuto, secondo il quale le parti hanno dichiarato di volersi maritare, accorda ai conjugi di disporre l' uno verso l' altro, durante il matrimonio, di certi beni, quando la legge del luogo in cui hanno il domicilio lo vieta: imperciocchè questa convenzione non può sottrarli all' impero della legge del loro domicilio, nè per conseguenza permetter loro ciò, che questa legge ad essi proibisce.

Secondo questa massima, sebbene lo Statuto di Blois permetta ai conjugi, che hanno figli, di donarsi reciprocamente, durante il matrimonio, l' usufrutto de' mobili e conquisti, pure i conjugi domiciliati in Orleans, sebbene maritati secondo lo Statuto di Blois, avendo figli, non possono farsi questa donazione, che lo Statuto non permette loro di farsi.

Per la stessa ragione, sebbene le parti, nel contratto di matrimonio, siensi sottomesse ad uno Statuto, che non vieta alla moglie di contrarre obbligazioni per altri coll' autorità di suo marito, pure se le parti sieno domiciliate sotto uno Statuto, che non permetta alle donne maritate di obbligarsi anco coll' autorità del loro marito, la moglie nol potrà. *Vice versa*: quantunque le parti siensi sottomesse ad uno Statuto, che non permette alle mogli di obbligarsi per altri coll' autorità del loro marito, pure se sono domiciliate sotto uno Statuto, che lo permette, la donna potrà obbligarsi coll' autorità di suo marito; diversamente le parti, che contraggono con essa, sarebbero indotte in errore sotto la fede della legge del loro domicilio, che glielo permette.

ARTICOLO II.

Della convenzione di collazione nella comunione.

287. Egli è usitatissimo ne' contratti di matrimonio, che ciascun conjuge prometta di porre in comunione una somma determinata; e ciò chiamasi *convenzione di collazione*. L' effetto di questa convenzione è, che il conjuge si costituisce debitore verso la comunione della somma, che ha promesso di conferirvi; dimodochè se, in tempo della dissoluzione della comunione, non è intieramente pagata, esso deve corrispondere alla comunione ciò che manca.

Noi vedremo rapporto a questa convenzione, 1.° quali sieno le cose, che il conjuge può imputare nella somma, che ha promesso di conferire nella comunione; 2.° come debba giustificare ch' egli ha data questa somma; 3.° in che differisca la comunione convenzionale dalla legale.

§ 1. ***Quali sieno le cose, che possono essere imputate nella somma, che il conjuge ha promesso di conferire nella comunione.***

288. Le cose, che vengono imputate nella somma, che il conjuge ha promesso di conferire nella comunione sono tutti i beni *mobili*, che il conjuge può giustificare di avere in tempo del suo matrimonio, i quali essendo entrati nella comunione, sono stati da essa ricevuti in pagamento della somma, che il conjuge ha promesso di conferirvi, ed hanno liberato il conjuge dal debito di tanto, quanto è questa somma.

Cominciando la comunione soltanto nel giorno della benedizione nuziale, e non dal tempo del contratto di matrimonio, come abbiamo stabilito *supra*, n. 22, ne viene, che non può riputarsi essere state ricevute dalla comunione in pagamento della somma che il conjuge aveva promesso di conferirvi, nè possono in conseguenza esservi imputate, se non le cose, che il conjuge aveva in tempo della benedizione nuziale. Non importa poi ch' egli le avesse al tempo del contratto di matrimonio, o che le abbia acquistate dipoi, all' opposto quello ch' egli aveva nel tempo del contratto di matrimonio, e che ha lasciato di avere nel tempo intermedio, in qualunque maniera abbia cessato di averle, non possono esser imputate nella somma, che ha promesso di conferire nella comunione, la quale non può esser considerata averle ricevute, poichè il conjuge non le aveva più nel tempo, che essa è incominciata.

289. Segue in oltre dal nostro principio che i beni *mobili* del conjuge devono essere imputati nella somma promessa per la sua collazione, sul piede del valore, che avevano nel tempo della benedizione nuziale; imperciocchè la comunione non gli ha ricevuti in pagamento, se non in quel tempo; e quando si ricevono cose in pagamento, si ricevono per ciò, che valgono nel tempo in cui vengono date.

290. I crediti, che appartengono a ciascun conjuge al tempo del matrimonio, non vengono imputati nella somma, che è stato promesso di conferirvi, se non in quanto essi sieno stati pagati durante la comunione; perciocchè la comunione non ne profitta, se non è stato fatto il pagamento essa durante.

Osservate però una differenza tra i crediti del marito e quelli della moglie; acciocchè il marito possa imputare nella somma, che ha promesso di conferire nella comunione, i crediti, che aveva al tempo del suo matrimonio, è obbligato a documentare, che essi sono stati pagati durante la comunione, sia con contro-ricevute, che egli avesse ottenute dai debitori, sia almeno col mezzo di un giornale non sospetto. La moglie all' opposto, non può essere obbligata a provare, che i crediti, che le appartenevano in tempo del suo matrimonio, le sieno stati pagati durante la comunione. Se il marito non prova, che non ostante di aver fatto tutte le possibili diligenze contro i debitori, non ha potuto esserne pagato, non è ammesso ad allegare, che non sieno stati pagati durante la comunione, poichè toccava a lui di procurarne il pagamento; quindi questi crediti devono in tale caso riputarsi essere stati pagati durante la comunione, e devono per conseguenza essere imputati nella somma, che la moglie aveva promesso di conferirvi.

291. Tutto ciò, che fa parte della dote mobiliare di un conjuge, e che è entrato nella comunione, s' imputa nella somma, ch' egli ha promesso di conferirvi; quindi se il padre e la madre di un conjuge hanno promesso nel contratto di matrimonio, che, oltre la dote, che gli davano, manterrebbero in casa loro per un certo numero di anni i futuri conjugi e i loro domestici, questo mantenimento, che è stato fornito ai futuri conjugi, durante il detto tempo in esecuzione di tale clausula, vien riputato far parte della dote del conjuge, ed in conseguenza la comunione, che ne ha profittato, deve imputare la somma a cui sarà valutato in quella, che il conjuge ha promesso di conferirvi.

292. Se il padre e madre di un conjuge gli danno in dote i frutti di un

certo fondo per un determinato numero di anni, e non il fondo stesso, in questo caso tali frutti compongono il capitale della dote; *l.* 4, ff. *de pact. dot.* Quindi que'frutti, che la comunione ha raccolti, non solo devono imputarsi nella somma, che questo conjuge ha promesso di conferirvi, ma se la eccedessero, la somma eccedente sarebbe ripresa come un bene proprio.

Ciò è stato giudicato, alcuni anni sono, da una sentenza del baliaggio di Orleans, e confermata con decisione della corte, il padre e la madre della signora Rochefort le avevano dato in dote il taglio di una certa quantità di selva cedua, per un fissato numero di anni. Il signor Rochefort aveva fatto tutti i detti tagli durante la comunione. Sua figlia dopo la morte della di lei madre chiese di prelevare il valore dei detti tagli, deducendone la somma, che la madre aveva promesso di conferirvi; questa ripresa le fu accordata, atteso che i detti tagli componevano il capitale della dote di sua madre.

Se in questo caso i frutti compongono il capitale della dote, quali possono esser dunque i frutti della dote della moglie, che possono entrare nella comunione e servire a sostenere i pesi del matrimonio? La *l.* 4, ff. *de pact. dot.* testè citata fornisce la risposta per questa domanda; i frutti di questa dote, secondo questa legge, sono gli interessi, che possono produrre le somme derivate dai detti tagli.

293. Bisogna decidere diversamente, quando il diritto di usufrutto di un certo fondo sia stato dato in dote ad un conjuge; in questo caso, non sono i frutti di questo fondo percepiti durante la comunione, che compongono il capitale della dote; ma il diritto dell'usufrutto stesso è quello, che compone la dote; i frutti del fondo sono adunque, in questo caso, frutti del diritto di usufrutto, i quali come frutti della dote appartengono alla comunione, e non possono quindi essere imputati nella somma, che questo conjuge ha promesso di conferirvi.

294. Non essendo cosa usitata, che i frutti, i quali devono essere precepiti durante la comunione, compongano il capitale della dote; essi non la compongono se non quando le parti se ne sono apertamente spiegate; quando nelle parole del contratto di matrimonio vi sia ambiguità, questa intenzione non si presume facilmente. Su questo fondamento Lebrun decide, nel *Trattato della Comunione*, che quando de' padri e madri poco prima della raccolta hanno dato in dote un fondo in questi termini: *un tal fondo co' frutti, che sono pendenti*, non devesi credere, che la loro intenzione sia stata, che i frutti pendenti nel tempo del matrimonio, e che sono stati percepiti dopo, dovessero far parte del capitale della dote; ma che debbasi piuttosto credere ch'essi non hanno voluto altro dire, se non che davano questo fondo come trovavasi, senza riservarsi la raccolta, che avevasi da fare quantunque imminente. Queste parole *coi frutti, che vi sono pendenti*, devono adunque essere considerate come superflue; la raccolta, che ne è stata fatta durante la comunione, deve appartenere ad essa, nè può in conseguenza essere imputata nella somma, che è stato promesso, che vi sarebbe conferita.

295. Non deve neppure il conjuge imputare nella somma, che ha promesso di conferire nella comunione, il mobiliare che gli perviene durante il matrimonio, per eredità, per donazione, o altrimenti, imperciocchè egli si obbliga di dare alla comunione la somma, che ha promesso di conferirvi co' beni presenti, che ha nel tempo del matrimonio; egli è anco riputato aver tacitamente promesso di conferirvi, secondo la legge delle comunioni conjugali, il mobiliare, che gli perverrebbe in seguito durante la comunione a qualunque titolo, quando nel contratto di matrimonio non siavi stipulazione contraria.

Ma quando nel contratto di matrimonio, egli si riserva come proprio ciò, che sarebbe per pervenirgli a titolo di eredità, donazione o legato, in questo caso deve essere compensato fino alla concorrenza della somma, che ha promesso di conferire nella comunione, della quale egli è debitore verso di lei a causa della ripresa di cui ha diritto di usare verso

la comunione, per l' ammontare del mobile che, essa durante, gli è pervenuto a titolo di eredità, donazione o legato.

§ 2. *Come il conjuge debba documentare, che ha fornito alla comunione la somma, che ha promesso di conferirvi.*

296. Il conjuge, che ha promesso di conferire nella comunione una certa somma, deve giustificare la quantità del suo mobiliare, che vi è entrato; il che non facendo, resta debitore verso di essa della somma, che ha promesso di conferirvi.

297. Questa quantità di mobili si può giustificare: 1.° col contratto di matrimonio in cui sia essa dichiarata; imperciocchè si presume facilmente, soprattutto quando non sia decorso un tempo considerabile tra il contratto e la celebrazione del matrimonio, che il conjuge avesse ancora la quantità de' mobili dichiarata nel contratto matrimoniale, e che sia in conseguenza entrata nella comunione, purchè non apparisca il contrario.

Vi è riguardo a ciò una differenza da osservarsi tra il marito e la moglie: il contratto di matrimonio, che contiene la dichiarazione fatta dalla moglie della quantità del suo mobiliare, deve essere giustificato colla quietanza del marito, che riconosca di avere ricevuto questa quantità di mobiliare da sua moglie. Riguardo al marito, tra le di cui mani, come capo della comunione, rimane il mobiliare, ch'egli ha promesso di conferirvi, siccome non può rilasciare quietanze a se medesimo, così la quantità del suo mobiliare portata nel contratto di matrimonio, basta solo per istabilire, che egli effettivamente aveva questo mobiliare, la moglie e la famiglia della moglie possono informarsene prima di sottoscrivere il contratto. Ciò è stato giudicato con una sentenza del 23 luglio 1712, riportata nel sesto tomo del Giornale delle Udienze.

298. 2°. Quando la quantità del mobiliare, che ciascun conjuge aveva nel tempo del suo matrimonio, non è stata dichiarata nel contratto matrimoniale, si può pur documentare con un atto formato con privata scrittura tra conjugi anco dopo il matrimonio, il quale ne contenga l' inventario e la stima. Niuno de' conjugi, che hanno sottoscritto questo stato, è ammissibile ad impugnarlo, allegando, che colla vista di avvantaggiare l'altro conjuge contro il divieto della legge, abbia considerabilmente diminuito con questo stato la quantità del suo mobiliare, o sofferto, che l' altro conjuge aumentasse il suo; imperciocchè non è ammissibile ad allegare la sua frode.

Nondimeno se allegasse, che per inavvertenza o dimenticanza ha ommesso in questo stato alcuni determinati articoli del suo mobiliare, e fosse in istato di farne facilmente la prova, potrebbe essere ammesso a farla, e ad aggiungervi le omissioni, che avesse documentate.

299. Riguardo agli eredi del conjuge predefunto, quando impugnano di frode lo stato, che i conjugi hanno fatto del loro mobiliare, sostenendo, checolla vistadi avvantaggiare il conjuge superstite è stato considerevolmente diminuito il mobiliare del conjuge premorto ed aumentato quello del superstite, se i fatti di frode, che vengono allegati, sono bene circostanziati e considerabili, essi possono essere ammessi in prova di questa frode.

Invano si opporrebbe, che l' erede il quale rappresenta il defunto, e che non può avere maggior diritto di lui, non può essere ammesso a fare quelle prove per le quali non sarebbe stato ammesso il defunto: la risposta è, che questa massima soffre eccezione quando la prova dimandata è la prova di una frode, che è stata fatta ad un erede nella sua qualità di erede.

300. 3.° La prova della quantità dei mobili, che una parte aveva in tempo del matrimonio, può anche farsi con atti non sospetti, fatti prima o poco dopo il matrimonio, quantunque l' altro conjuge non siavi stato presente. Per esempio, un atto di divisione, che il conjuge prima o poco dopo il matrimonio abbia fatto de' mobili della eredità de' suoi genitori quale contenga ed esprima la quantità de' mobili, che nella divisione gli sono toccati per sua parte, prova che questo conjuge al tempo del suo matrimonio aveva

effettivamente questa quantità di mobili. Parimenti un conto di tutela fatto ad un conjuge poco prima o poco dopo il di lui matrimonio, fa fede di ciò, che gli era dovuto quando si è maritato.

Quando non v'è alcun atto col quale si possa giustificare la quantità de'beni mobili, che i conjugi o l' uno di essi aveva al tempo del matrimonio, se ne ammette la prova per pubblica fama; si lascia alla discrezione del giudice di fissarne la quantità sulle prove fatte per pubblica fama.

Il giudice nel fissar questi mobili deve essere più indulgente verso la moglie e i suoi eredi, che verso il marito; potendo l' impero, che il marito ha sopra la moglie, sovente non averle lasciato il potere di far costare, con qualche atto durante il matrimonio, il mobiliare, che essa aveva quando si è maritata.

§ 3. *In che differisca la comunione legale dalla convenzionale, rapporto alla collazione di una determinata somma.*

301. La prima differenza che questa convenzione di collazione mette tra la comunione legale e la convenzionale è, che la comunione legale acquista a titolo universale tutto il mobiliare di ciascun conjuge. All'opposto, con questa convenzione di collazione, la comunione convenzionale acquista a titolo particolare i beni di ciascun conjuge in pagamento della somma, che egli ha promesso e fino alla concorrenza di detta somma. Se vi è una maggior quantità di mobili, questo eccedente non entra nella comunione convenzionale, ed è, per diritto, proprietà di comunione del conjuge e che esso deve riprendere al tempo della dissoluzione della comunione.

Corollario. Ne viene quindi la decisione di una questione che tratteremo *infra, art.* 5, ove io rimando.

302. Una seconda differenza che la convenzione di collazione di una determinata somma mette tra la comunione legale e la convenzionale, è che ciascun conjuge non si obbliga di mettere nella comunione legale, se non i beni mobili che ha, e fino a quanto gli appartengono; quindi se la comunione soffre qualche danno a causa dell' evizione di qualche mobile, che questo conjuge possedeva in tempo del matrimonio, questo conjuge non è in verun modo tenuto a causa di questa evizione; al contrario nelle convenzioni di collazione di una certa somma, il conjuge costituendosi debitore di questa somma verso la comunione convenzionale, se il prezzo di tutti i mobili, che questo conjuge aveva in tempo del matrimonio, e che ha fatto entrare nella comunione in pagamento della sua collazione, non ammonta a questa somma, egli resta debitore verso la comunione di ciò che ne manca; e se la comunione ha sofferto evizione di qualche mobile, che questo conjuge possedeva in tempo del matrimonio, ed aveva fatto entrare in questa comunione in pagamento della somma, che aveva promesso di conferirvi, il prezzo dei detti beni de' quali la comunione ha sofferto evizione, non potrà essere imputato, ed esser messo in pagamento della somma, che aveva promesso di conferirvi; il che è conforme ad una massima che abbiamo stabilita nel nostro *Trattato delle Obbligazioni*, n. 540 e 543; cioè che il pagamento fatto di una cosa non libera il debitore se non quando egli abbia trasferito in quello, a cui vien fatto, una proprietà irrevocabile della cosa data in pagamento, della quale non abbia a soffrire evizione in seguito: *nec enim videntur data quae eo tempore quo dantur, accipientis non fiunt*; *l.* 167, ff. *de r. jur.*, e queste: *quod evincitur in bonis non est*; *l.* 190, ff. *dic. tit.*

ARTICOLO III.

Della convenzione di mobilizzazione.

303. La convenzione di mobilizzazione è quella colla quale le parti o una di esse fanno entrare tutti i loro immobili o qualcuno di essi nella comunione conjugale.

Questa convenzione viene chiamata *convenzione di mobilizzazione*, e i mobili de' conjugi che, posta questa

convenzione, entrano in comunione, si chiamano *beni proprj mobilizzati*; perchè questa convenzione fa entrare nella comunione questi immobili siccome vi entrano i mobili, e dà al marito lo stesso potere sopra questi immobili che egli ha sopra i mobili.

Questa convenzione dà alla comunione convenzionale maggiore estensione che non ha la comunione legale, facendovi entrare gl' immobili, che non entrano nella comunione legale.

Noi vedremo sopra questa convenzione, 1.° quali sieno le differenti specie di *mobilizzazione*, e quali le clausole, che contengono o no una convenzione di *mobilizzazione*; 2.° se i minori sieno capaci di questa convenzione; 3.° quali sieno gli effetti della *mobilizzazione* di corpi determinati, fatta tanto in generale quanto in particolare; 4.° quali sieno gli effetti delle mobilizzazioni indeterminate.

§ 1. *Quali sieno le differenti specie di mobilizzazione, e quali le differenti clausole che racchiudono o no una convenzione di mobilizzazione.*

304. Vi sono differenti specie di *mobilizzazione*; ve ne sono delle generali e delle particolari.

La *mobilizzazione* generale è quando si mette in comunione una universalità di beni immobili, come quando dicesi nel contratto di matrimonio, che i futuri conjugi saranno comuni in tutti i beni.

Havvi questione se una tale comunione di tutti i beni comprenda l' universalità de'beni presenti de'conjugi, o si estenda a tutti quelli, che perverranno loro in seguito durante la comunione.

Secondo il diritto romano, la società di tutti i beni comprendeva i beni presenti e futuri a qualunque titolo pervenissero. La *l.* 3, § 1, *ff. pro soc.* ne contiene una disposizione formale. Vi si dice: *quum specialiter omnium bonorum societas coita est, tunc et haereditas et legatum et quod donatum est, aut quaqua ratione acquisitum, communioni acquiretur.*

Nella nostra giurisprudenza, le convenzioni di mobilizzazione, come anche quelle di realizzazione, essendo di diritto stretto, vi è difficoltà di adottare la decisione di questa legge ed estendere la stipulazione di una comunione di tutti i beni ai beni futuri, quando le parti non si sono spiegate.

È anco una mobilizzazione generale quando le parti convengono che le eredità, che loro perverranno durante la comunione, saranno comuni; poichè questa convenzione racchiude la universalità de'beni di questa eredità, tanto d' immobili quanto di mobili.

305. Quando si promette nel contratto di matrimonio di porre in comunione non l' universalità degl' immobili, ma solamente alcuni beni particolari, allora la *mobilizzazione* è particolare.

Questa *mobilizzazione* è o determinata o indeterminata; è determinata, quando nel contratto di matrimonio una parte promette di mettere in comunione un tale o tal altro immobile. All'opposto, quando nel contratto di matrimonio dicesi che uno de'futuri conjugi metterà in comunione i suoi beni mobili o immobili fino alla concorrenza di tanto; oppure il conjuge metterà in comunione una certa somma da prendersi sopra i suoi mobili, o in mancanza di essi sopra i suoi immobili, *i quali fino alla concorrenza avranno la natura di coacquisti*; queste clausole contengono una *mobilizzazione* indeterminata.

Osservate che nell' ultima di queste clausole, le parole, *i quali fino alla concorrenza avranno la natura di coacquisti*, racchiudono la mobilizzazione e distinguono questa clausola dalla semplice convenzione di collazione di una certa somma: imperciocchè con queste ultime parole il futuro conjuge non permette semplicemente di porre in comunione una certa somma, e costituirsene debitore verso la comunione; ma promette per ciò che mancherà dal prezzo de'suoi mobili, che devono entrare in comunione per compire la somma fissata ch' ei doveva conferirvi, di mettere alcuni de'suoi immobili in comunione, fino alla debita concorrenza, i quali

avranno la natura di conequisti: quindi egli si costituisce debitore verso la comunione fino a questa concorrenza non di una semplice somma di danaro, ma d'immobili che promette di conferire nella comunione, il che forma una mobilizzazione.

Ma quando è detto semplicemente che il futuro conjuge promette di conferire nella comunione la somma di tanto da prendersi sopra i suoi mobili o immobili, questa convenzione non è che una semplice convenzione di collazione di una tal somma, e non racchiude alcuna mobilizzazione; queste parole, *da prendersi sopra i suoi beni mobili, o immobili*, non significano altro, se non che egli ipoteca tutti i suoi beni per questa obbligazione; o, anco, che se durante la comunione viene ad essere alienato qualcuno dei suoi immobili, il prezzo ch' essa durante sarà ricevuto, verrà in deduzione o in pagamento della somma, che ha promesso di conferirvi.

Lo stesso è della clausola con la quale si fosse detto in un contratto di matrimonio, che il marito potrebbe vendere un certo fondo della moglie il di cui prezzo entrerà nella comunione. Questa clausola non racchiude una convenzione di mobilizzazione, imperciocchè, non è il fondo che la moglie promette con questa clausola di porre in comunione, ma la somma, ch'esso vale e per la quale sarà venduto. Se non è stato venduto, la moglie è debitrice verso la comunione, non del fondo, ma della somma che sarà stimato valere o poter essere venduto.

§ 2. *Se i minori sieno capaci della convenzione di mobilizzazione.*

306. Si può dire, per sostenere la negativa, che la convenzione di *mobilizzazione* tende all' alienazione del fondo *mobilizzato*: essa rende comune un fondo, che apparteneva in totalità a quel conjuge, che lo ha mobilizzato; essa tende anco all' alienazione totale del fondo, in caso che nella divisione della comunione, che deve farsi dopo la dissoluzione di essa, il fondo mobilizzato toccasse alla altra parte; o in caso che il marito, durante la comunione, alienasse il fondo mobilizzato da sua moglie: ora, ogni atto che contiene un'alienazione o che tende all' alienazione degl' immobili de'minori gli è interdetto; dunque la mobilizzazione de' loro mobili gli deve essere interdetta.

Non ostante queste ragioni la giurisprudenza ha stabilito, che quando un minore, il quale contrae matrimonio, non avesse beni mobili sufficienti da conferire nella comunione per un terzo de' suoi beni, potesse colla autorizzazione del suo tutore o curatore mobilizzare alcuni de'suoi immobili fino alla concorrenza di ciò che manca; la ragione è, ch' essendo di pubblico interesse che i minori si maritino, perciò si debbono loro permettere tutte le convenzioni, che sono ordinarie ne'contratti di matrimonio: di là ne viene questa massima, *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*; ora è una convenzione usitatissima ne'contratti di matrimonio che le parti vi conferiscano da una parte e dall'altra in proporzione delle loro facoltà per comporre la comunione; devonsi adunque mettere i minori in istato di far questa collazione, permettendo loro di mettere in comunione una parte de' loro immobili, quando essi non abbiano in beni mobili cosa da conferirvi.

§ 3. *Degli effetti delle mobilizzazioni tanto generali quanto particolari di corpi certi e determinati.*

307. Nel caso di una mobilizzazione generale, come quando le parti nel contratto di matrimonio, hanno stipulato una comunione di tutti i beni, tostochè è stato celebrato il matrimonio tutti i fondi e gli altri immobili di ciascun conjuge diventano beni di comunione.

Parimenti, quando nel contratto di matrimonio è stato convenuto che le eredità, che perverrebbero ai conjugi durante il matrimonio, sarebbero comuni, se durante il matrimonio perviene all'uno o all'altro conjuge qualche eredità, tutti gli immobili che gliene perverranno, egualmente che i mobili, diverranno beni di comunione.

Nel caso di una *mobilizzazione* par-

ticolare quando essa è determinata, avendo un conjuge promesso nel contratto di matrimonio di conferire nella comunione tali e tali immobili, allora questi immobili dall' istante della celebrazione del matrimonio diventano egualmente beni di comunione.

308. *Corollario primo.* Questi immobili mobilizzati diventando beni della comunione, ne viene che nello stesso tempo rimangono a rischio di essa; e se in seguito vengono a perire o a deteriorarsi, la perdita cade sulla comunione, e non sopra il conjuge, che gli ha mobilizzati.

Non importa che sieno periti o deteriorati per una forza maggiore o pel fatto del marito; imperciocchè essendo il marito, durante il matrimonio, assoluto padrone di tutti i beni, che compongono la comunione, può consumarli senza averne a render conto ad essa, come lo abbiamo già veduto, e come lo vedremo ancor più estesamente *infra, part.* 2.

309. *Corollario secondo.* Il marito può disporre a titolo di vendita, donazione, o qualunque altro titolo dei fondi mobilizzati da sua moglie, come pure di tutti gli altri beni della comunione senza avere bisogno del di lei consenso.

310. *Corollario terzo.* I fondi e gli altri immobili, che sono stati mobilizzati da ciascun conjuge, devono, dopo la dissoluzione della comunione, esser compresi nella massa de' beni della comunione, allorchè deve farsene la divisione. Però quel conjuge, che ha mobilizzato il fondo, può ritenerlo, computandolo nella sua porzione pel valore attuale, e pel quale è entrato nella massa, e lasciando che l' altra parte prelevi sulla massa altri beni di simile valore. Gli eredi del conjuge, che ha fatto la mobilizzazione, hanno lo stesso diritto.

Quando un figlio abbia raccolto successivamente le eredità de' suoi genitori senza che sia stata fatta alcuna divisione tra lui e il superstite, si reputa che questo figlio abbia raccolto in totale il fondo mobilizzato nell' eredità di quello, che ne ha fatto la mobilizzazione: quindi nella successione di questo figlio, il fondo mobilizzato sarà riputato in totale proprio di quello, che ha fatto la mobilizzazione, come se non fosse stato mobilizzato, ciò è stato giudicato con una decisione del 10 aprile 1668 riportata dagli autori.

311. Quando la comunione abbia sofferto evizione di un fondo mobilizzato da un conjuge per qualche causa, che esisteva al tempo della mobilizzazione, il conjuge, che lo ha mobilizzato, è egli tenuto dell' evizione verso la comunione?

Questa questione non ha luogo riguardo alle mobilizzazioni generali, imperciocchè con queste mobilizzazioni generali, le parti non intendono di conferire nella comunione altri fondi ed immobili fuor di quelli che loro appartengono, e solamente fino a tanto che loro appartengono.

La questione non riguarda, che le mobilizzazioni particolari. Si possono, riguardo a ciò, proporre due casi: il primo caso è quando nel contratto di matrimonio è detto che il futuro conjuge porrà in comunione una certa somma in pagamento della quale egli ha mobilizzato un tal fondo; se in seguito la comunione soffre evizione per questo fondo, non v'ha dubbio, che il conjuge, che lo ha mobilizzato, resti debitore verso la comunione della somma, che ha promesso di conferirvi; il fondo, che egli aveva dato in pagamento alla comunione, che ne è stata evinta, non ha potuto liberarlo da questa somma; non potendo un pagamento esser valido, nè per conseguenza liberare il debitore, se non trasferisce nel creditore, a cui è stato fatto, una proprietà irrevocabile della cosa, che gli è stata data in pagamento, come lo abbiamo veduto *suprà*, n. 302.

Il secondo caso è, quando nel contratto di matrimonio la mobilizzazione non è preceduta da veruna promessa di conferire nella comunione una certa somma; per esempio, se nel contratto di matrimonio sia semplicemente detto che il futuro conjuge ha conferito un tal fondo mobilizzato nella comunione, onde conferirvi la sua parte, sarà egli in questo caso tenuto all' evizione di un tal fondo? Vi sono tre opinioni: la prima è di coloro, che decidono indistintamente,

che il conjuge, il quale ha fatto la mobilizzazione non è in questo caso tenuto in verun modo per l' evizione che la comunione ha sofferto; la seconda è di quelli, i quali pensano, che si debba fare una distinzione, quando il fondo da me conferito nella comunione sia eguale a quello del mio conjuge, essendo la comunione de' beni, che abbiamo contratta, nella quale abbiamo inteso di conferire egualmente, essendo, dissi, un contratto commutativo, io sono risponsabile verso la comunione dell' evizione del fondo, che vi ho conferito, poichè la responsabilità delle evizioni ha luogo in tutti i contratti commutativi; quindi in caso di evizione del fondo che ho mobilizzato io sono tenuto a conferire in danaro o altri beni il valore di questo fondo. Ma quando nel contratto di matrimonio in cui io ho mobilizzato un fondo, l' altro conjuge non avesse per parte sua conferito cosa alcuna; o quando, oltre il fondo, che ho mobilizzato, io avessi conferito nella comunione altrettanti fondi come egli, essendo in questo caso la mobilizzazione un titolo lucrativo, io non sono in verun modo tenuto per l' evizione, che la comunione ha sofferto di questo fondo, poichè la garentia di evizione non ha luogo ne' titoli lucrativi.

La terza opinione è di coloro che, rigettando tale distinzione, decidono indistintamente, che il conjuge, il quale nel contratto di matrimonio ha conferito un fondo, è tenuto in caso di evizione di compensarne la comunione, poichè il contratto di società è un contratto di commercio, nel quale vi è per conseguenza luogo a garentia. Quantunque in questo contratto, l' una delle parti vi conferisca più dell'altra, non è perciò (fuori del caso dell' editto delle seconde nozze) riputato contenere una donazione fatta alla parte la quale conferisce meno, la quale viene presunta supplire coll'industria a ciò, che vi ha messo di meno; *l.* 5, § 1, *ff. pro Soc.* Io aveva abbracciato la seconda opinione nella mia introduzione allo Statuto di Orleans: poscia sono stato indotto a seguire la terza.

312. Ci resta da osservare sopra gli effetti della mobilizzazione tanto generale quanto particolare, che essa non ha effetto se non tra le parti contraenti o i loro eredi, e nel caso della comunione, il che è conforme a questo principio di diritto: *Ante omnia animadvertendum est ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re vel persona noceat*; *l.* 27, § 4, ff. *de pact.*

Quando adunque un conjuge ha mobilizzato un certo fondo, questo non viene riputato un coacquisto, se non riguardo all' altro conjuge od ai suoi eredi ed in caso di comunione; riguardo a tutti gli altri esso conserva la qualità che aveva prima della mobilizzazione; quindi allorchè io ho mobilizzato un fondo, che era proprio di una certa linea, questo fondo, per la parte che vi ho, e anche pel totale, se mi è restato tutto nella divisione della comunione, conserverà nella mia eredità la qualità di proprio di questa linea, e vi succederanno i miei eredi de' beni proprj di questa linea.

Per la stessa ragione, esso sarà soggetto alle clausole statutarie, ed io non potrò disporne, tanto per donazione tra vivi quanto per testamento, di una porzione maggiore di quella, che la legge statutaria del luogo, in cui è situato, permette di disporre de' beni proprj.

Per la ragione medesima sarà soggetto al retratto della linea, quando sarà venduto. Vedete il nostro *Trattato dei Retratti*, n. 130.

§ 4. *Degli effetti della mobilizzazione indeterminata.*

313. Quando la mobilizzazione è indeterminata, come quando un conjuge ha conferito nella comunione i suoi mobili e immobili fino alla concorrenza di una certa somma, fino a che questa mobilizzazione rimane indeterminata, e che le parti non abbiano regolato tra di esse quali fossero gli immobili di questo conjuge che dovevano entrare nella comunione, non ve n' è entrato alcuno, e la comunione non ha che un semplice diritto di credito ed una semplice azione contro il conjuge, che ha fatto la mobilizzazione, per obbligarlo,

quando la comunione si scioglie, a fare entrare nella massa de' beni comuni che sono da dividersi, alcuni de' suoi immobili fino alla concorrenza della somma da lui promessa, la scelta dei quali immobili deve lasciarsi a lui o ai suoi eredi, e mancando egli o i suoi eredi di farla tra il tempo, che gli verrà prefisso dal giudice, questa scelta deve devolversi all' altro conjuge o ai di lui eredi.

Da questo principio deriva che se, mentre la mobilizzazione è indeterminata, qualcuno de' mobili del conjuge, che ha fatto questa mobilizzazione, venisse a perire per forza superiore, la perdita va totalmente a carico del conjuge e non della comunione; imperciocchè la mobilizzazione essendo indeterminata, non si può dire che sia perito quello, che è entrato nella comunione; quindi il conjuge deve dare alla comunione tutta la somma, che ha promesso di conferirvi sopra gli immobili, che gli rimangono.

Dal nostro principio erasi tirato anche una conseguenza, che, fino a tanto che restava indeterminato ciò che la moglie vi aveva conferito, il marito non aveva diritto di vendere veruno degl' immobili della moglie, perchè non poteva dire di alcuno, che fosse quello mobilizzato ed entrato nella comunione, e Mornac dice che in certi luoghi è stato così giudicato da una sentenza, ch' egli riporta. Nondimeno io penso, che facendosi la mobilizzazione principalmente perchè vi sia un fondo di beni di comunione, di cui possa il marito in caso di bisogno disporre, così la clausola di una mobilizzazione indeterminata, che la moglie fa de' suoi immobili fino alla concorrenza di una certa somma, contiene tacitamente un potere, che essa da al marito, che, non essendo ancora determinato ciò, che essa vi ha conferito, egli possa alienare quegli immobili, che giudicherà conveniente di alienare, fino alla concorrenza della detta somma; e l' alienazione, che ne farà il marito, determinerà l' indeterminata collazione della moglie riguardo a quelli che avrà alienato; ma se, prima che il marito avesse venduto alcun fondo di sua moglie, essa gli avesse fatto significare che determinava la di lei mobilizzazione a tali o tali fondi, il marito non potrebbe più disporre se non di quelli, che essa avesse determinato colla mobilizzazione.

314. Ci resta da vedere la differenza tra una mobilizzazione indeterminata, che io faccio de' miei immobili fino alla concorrenza di una certa somma, e la semplice clausola con cui io prometto di conferire nella comunione una certa somma: questa dà alla comunione un diritto di credito di questa somma contro di me; quando mia moglie muore, lasciando per suo erede un figlio del nostro matrimonio, questo figlio, nella sua qualità di erede di sua madre, ha contro di me, per la parte, che ha nella comunione, cioè per la metà, un diritto di credito di ciò, che rimane dovuto di questa somma: essendo questo credito, ch'egli ha contro di me, il credito di una somma di danaro, e per conseguenza un credito *mobiliare*; se questo figlio viene in seguito a morire senza posterità, io, nella qualità di suo erede ne' mobili, gli succederò in questo credito, che aveva contro di me, e ne avverrà l' estinzione e confusione.

Quando io ho *mobilizzato* per la comunione i miei immobili fino alla concorrenza di una certa somma, questa *mobilizzazione* indeterminata non dà similmente alla comunione che un diritto di credito contro di me, ma (ed in ciò la mobilizzazione indeterminata differisce dalla semplice convenzione di collazione di una certa somma di danaro) questo credito non è un credito mobiliare; imperciocchè la comunione non ha diritto di esigere da me una somma di danaro, ma ha diritto di esigere che io conferisca qualcuno de' miei immobili nella massa de' beni della comunione fino alla concorrenza della somma convenuta: perciò avendo questo credito per oggetto degli immobili, esso è *immobiliare*. Quindi, allorchè mia moglie muore, il figlio nato dal nostro matrimonio, che le succede in questo credito per la parte ch' essa aveva nella comunione, cioè per la metà, le succede a un credito immobi-

liare, il quale nella sua persona è un bene proprio materno a cui, morendo, gli eredi de' beni proprj materni succederebbero a mia esclusione : io potrò solamente, sotto gli Statuti di Parigi e di Orleans, succedere nello usufrutto, secondo la disposizione di questi Statuti, i quali deferiscono al superstite la successione in usufrutto de' conquisti a' quali i loro figli sono succeduti al predefunto.

ARTICOLO IV.

Della convenzione di realizzazione o della stipulazione di proprietà.

315. La convenzione di mobilizzazione, di cui abbiamo trattato nel precedente articolo, serve per dare alla comunione maggior estensione che non ha la comunione legale : la convenzione di realizzazione al contrario serve per restringerla.

La convenzione di realizzazione è una convenzione usitata ne' contratti di matrimonio, colla quale le parti o l' una di esse escludono i loro mobili dalla comunione legale, che si propongono di contrarre, tanto pel totale quanto per una parte.

Quando la convenzione di realizzazione è semplice, non concerne che il caso della comunione ; ma nel contratto di matrimonio vi si aggiungono sovente delle ampliazioni che la estendono ad altri casi. Noi tratteremo in un primo paragrafo della clausola semplice di realizzazione ; in un secondo delle ampliazioni, che vi si fanno ne' contratti di matrimonio.

§ 1. *Della convenzione semplice di realizzazione o stipulazione di proprietà.*

316. La convenzione di realizzazione è o espressa o tacita : è espressa quando le parti hanno stipulato nel loro contratto di matrimonio, che il loro *mobiliare o il di più de' loro beni sarebbe proprio.*

La clausola con cui si stipula che una somma di danaro sarà impiegata nella compra di fondi, è equivalente a quella colla quale si stipula che essa sarà un bene proprio, e contiene al pari dell' altra una convenzione di realizzazione.

Lo Statuto di Parigi ne contiene una disposizione nell' *art.* 93: *Una somma di danaro data dal padre, madre, avolo o avola, o altri ascendenti a' loro figli in contemplazione di matrimonio, per essere impiegata nella compra di un fondo, sebbene non sia ancora stata impiegata, pure è riputata immobile, per causa della sua destinazione.*

Lo Statuto di Parigi parla, in modo di esempio, di una somma data dal padre, madre, o altro ascendente : lo stesso è del caso in cui fosse stata data ad uno de' futuri conjugi da uno de' suoi collaterali o da un estraneo per essere impiegata nell' acquisto di fondi ; e parimenti quando uno dei futuri conjugi stipula, riguardo ad una somma di danaro, che gli appartiene, che sarà impiegata nella compra di fondi : in tutti questi casi la clausola che la somma sarà impiegata nell' acquisto di fondi equivale alla stipulazione che sarà propria ; e la somma per la sua destinazione viene riputata immobile, ed in conseguenza esclusa dalla comunione, come se si fosse stipulato che sarebbe propria.

317. La convenzione di realizzazione si fa pure qualche volta tacitamente, quando l' uno de' conjugi o alcuno per esso promette di conferire nella comunione una somma determinata ; tal limitazione di collazione contiene una realizzazione tacita del di più de' suoi mobili. Per esempio, quando si dice nel contratto che il padre di uno de' futuri conjugi gli dà per sua dote una somma di 30,000 lire, la quale entrerà nella comunione fino alla somma di 10,000; quantunque non aggiungasi che il di più di questa somma sarebbe propria, pure viene presunto essere tacitamente esclusa dalla comunione, come se ciò fosse stato espressamente stipulato : imperciocchè dire che di questa somma ne entreranno in comunione 10,000 lire, vale quanto il dire che il di più non vi entrerà: *Qui dicit de uno, negat de altero.*

Per la stessa ragione, quando le parti sonosi spiegate in questi termini : *I futuri conjugi saranno comuni in tutti i beni che acquisteranno,* devesi sot-

tointendere una realizzazione tacita di tutti i beni mobili che hanno: perocchè dire che la loro comunione sarà composta de' beni, che acquisteranno, è lo stesso che dire, che quelli che hanno di già non vi entrano, secondo la sopraddetta regola: *Qui dicit de uno, negat de altero.*

Non è lo stesso di questa clausola, *i futuri conjugi saranno comuni in beni mobili ed immobili, ch'essi acquisteranno*, essa non contiene realizzazione e non esclude dalla comunione i beni mobili, che i conjugi hanno al tempo del loro matrimonio; imperciocchè essendo suscettibile di due sensi, l' uno riportando queste parole, *che essi acquisteranno*, a tutta la frase, tanto a' beni mobili quanto agl' immobili, e l' altro riportandole soltanto alla parola *immobili*, che precede immediatamente: devesi preferire questo secondo senso come il più conforme al diritto comune delle comunioni che vi fa entrare i mobili; presumendosi che le parti nelle loro convenzioni abbiano seguito il diritto comune e il più usitato, quando non consti il contrario.

318. La convenzione di realizzazione può farsi non solo pe' mobili, che le parti hanno quando si maritano, ma anche per quelli che loro pervengono dopo durante il matrimonio, tanto a titolo di successione quanto a qualunque altro titolo, come di donazione o di legato; ciò si usa esprimere con queste parole: *Tutto ciò che perverrà a' futuri conjugi durante il matrimonio, a titolo di eredità, donazione e legato, sarà loro proprio.*

319. Le convenzioni di realizzazione essendo di diritto stretto, non si estendono da una cosa all' altra; quindi allorchè i futuri conjugi dopo avere messo ciascuno una somma determinata in comunione, hanno stipulato che il di più de' loro beni sarebbe proprio, questa clausola non comprende se non i beni mobili, che avevano allora; dessa non si estende a quelli che loro pervengono in seguito durante il matrimonio, tanto a titolo di eredità quanto a qualunque altro titolo.

320. Ma se la somma di danaro o altra cosa mobile, che è pervenuta ad un conjuge durante la comunione, gli sia pervenuta in virtù di un titolo ch' egli aveva di già nel tempo in cui contrasse le nozze, quantunque non vi si sia fatto luogo, nè egli abbia acquistato la cosa, se non dopo il matrimonio, pure ella sarà compresa nella clausola di realizzazione de' beni mobili, che egli aveva quando contrasse il matrimonio.

Per esempio, se il conjuge, che nel suo contratto di matrimonio ha stipulato che sarebbe proprio il di più dei suoi beni, avesse un credito condizionale di una somma di cento doppie, quantunque la condizione non siasi verificata e la somma non sia stata pagata senonchè dopo il matrimonio, pure il credito è riputato compreso nella stipulazione di proprietà, ed il conjuge deve prelevare la somma pagata durante la comunione.

321. Per la stessa ragione, se il conjuge, che ha stipulato la realizzazione de' beni, che aveva in tempo del matrimonio, avesse allora tra i suoi beni un biglietto di lotto, quantunque non siasene fatta l' estrazione che dopo il matrimonio, e la cosa toccatagli pel suo biglietto non sia stata da lui avuta che dopo il matrimonio, nondimeno deve esser compresa nella stipulazione di proprietà, e il conjuge deve prelevarlo, imperciocchè il biglietto di lotto che egli aveva in tempo del suo matrimonio, che faceva parte de' beni che aveva stipulato dover esser proprj, era una specie di credito condizionale della cosa che cadrebbe su questo biglietto pel giro della fortuna.

Nondimeno se nell' inventario dei beni di questo conjuge riservati proprj, dell' ammontar de' quali la comunione si costituisca debitrice verso questo conjuge quando essa sarebbe già sciolta, vi fosse stato compreso il biglietto di lotto pel valore che aveva prima dell' estrazione; avendo in questo caso la comunione preso il biglietto di lotto per suo conto e rischio, la cosa dovrebbe appartenere alla comunione, la quale in questo caso non deve che il prezzo che valeva il biglietto prima dell'estrazione, e per lo quale prezzo era stato compreso nell' inventario de' beni riservati come beni proprj.

322. Sicrome la clausola di realizzazione de' beni, che hanno i conjugi quando si maritano, non si estende a quelli, che loro perverranno in seguito, così, *vice versa*, la clausola colla quale i futuri conjugi hanno realizzato i beni, che saranno per pervenir loro durante il matrimonio, non si estende a quelli, che avevano quando sonosi maritati.

Per la medesima ragione, la clausola che, *ciò che perverrà ai conjugi durante il matrimonio, a titolo di successione, sarà loro proprio*, comprende pure ciò che loro pervenisse a titolo di donazione o legato dai loro genitori o altri loro ascendenti, essendo questi titoli considerati come specie di successione, ma non comprenderebbe ciò, che venisse loro a titolo di donazione o legato da altri parenti o da estranei.

Vice versa, se si fosse detto, che ciò che perverrebbe ai futuri conjugi per *donazione* sarebbe loro proprio, questa clausola non si estende a ciò che loro perverrebbe per successione ma essa comprende ciò, che può pervenir loro a titolo di legato o di sostituzione, essendo il termine di *donazione* un termine generale, che comprende tanto le donazioni testamentarie quanto quelle tra vivi.

323. Si aggiunge qualche volta in queste clausole, *o altrimenti*. Questi termini *o altrimenti* sono generali e comprendono tutti i titoli lucrativi dai quali possono derivare i beni durante il matrimonio; quindi non v' ha dubbio che se dicesi, che ciò che perverrà a' futuri conjugi durante il matrimonio *a titolo di successione o altrimenti sarà proprio*, non v' ha dubbio, dissi, che la clausola comprenda tutto ciò che loro perverrà a titolo di donazione o legato, e *vice versa*.

Quando i conjugi hanno stipulato dover esser proprio ciò che fosse per pervenir loro, durante il matrimonio, *a titolo di successione*, *donazione*, *legato o altrimenti*, queste parole, *o altrimenti*, comprendono tutto ciò che potrebbe pervenire all' uno o all' altro durante la comunione per qualche buona fortuna; per esempio se un conjuge durante il matrimonio ha trovato una cosa derelitta o un tesoro, il terzo che, *jure inventionis*, gli appartiene nella detta cosa o nel tesoro sarà suo proprio ed escluso dalla comunione, per queste parole *o altrimenti*.

Quando un conjuge, durante la comunione, *ha guadagnato al lotto*, se la somma pagata per acquistare il biglietto di lotto è stata pagata co' danari della comunione, il guadagno deve appartenere alla comunione; esso è un acquisto, che la comunione ha fatto; è il prezzo del rischio, che la comunione ha corso di perdere la somma pagata pel biglietto di lotto: ma se detto biglietto non è stato pagato co' danari della comunione, ma con quelli di un terzo, che gli ha dati al conjuge, il guadagno sarà proprio del conjuge, come un acquisto di buona fortuna, escluso dalla comunione con questa clausola.

Alcuni pensano che con queste parole, *o altrimenti*, ciò che perviene ad un conjuge per diritto di confisca, durante la comunione ne sia escluso: io nol credo, imperciocchè le cose che gli pervengono a questo titolo, sono frutti del suo diritto di giustizia, come lo abbiamo veduto *supra*, n. 231: ora, la convenzione di realizzazione, comunque estesi ne sieno i termini, non si estende ai frutti dei beni proprj del conjuge, che si percepiscono o nascono durante la comunione.

324. Finalmente, con queste parole, *donazioni*, *legati*, *o altrimenti*, non devonsi intendere che i titoli lucrativi: per questo motivo è stato giudicato con una decisione del 12 marzo 1738, riportata da Denisart, che un fondo acquistato a titolo di rendita vitalizia da un conjuge, durante la comunione, appartiene ad essa, non ostante la clausola del contratto di matrimonio; imperciocchè essendo la rendita vitalizia tanto estesa da potere esser considerata come il vero prezzo del fondo, l' acquisto di questo fondo non è fatto a titolo di donazione, quantunque siasi dato all' atto il nome di donazione.

325. L' effetto della clausola di realizzazione è che i beni mobili de' conjugi che sono realizzati con questa clausola, vengono riputati immobili e proprj convenzionali, ad effetto di essere esclusi dalla comunione e di es-

sere conservati pel conjuge solo, che gli ha realizzati.

Vi è nondimeno una grande differenza tra i veri immobili, che sono proprj reali di comunione, e questi beni proprj convenzionali. La comunione ha solamente il godimento degli immobili reali, che sono proprj di comunione; ma non si confondono co' beni della comunione; il conjuge a cui appartengono continua ad esserne il solo proprietario, durante il matrimonio, come lo era prima; ed in conseguenza il marito non può alienare i beni proprj reali di comunione di sua moglie senza il di lei consenso; all' opposto i beni mobili realizzati, o proprj convenzionali, si confondono nella comunione cogli altri beni mobili di essa, la quale è solamente tenuta di restituire, dopo la di lei dissoluzione, il valore a quel conjuge, che gli ha realizzati. Conseguentemente, il marito, come capo della comunione, può alienare i mobili realizzati dalla moglie. La realizzazione di questi mobili e la loro esclusione dalla comunione non consiste se non in un credito di regresso del loro valore, che il conjuge che gli ha realizzati, ha diritto di pretendere dopo la dissoluzione della comunione contro di essa, in cui i suoi mobili realizzati sonosi confusi; e la qualità di proprj convenzionali è attaccata a questo credito: il conjuge non è creditore in *specie* de' mobili realizzati, ma del loro valore; e se quando venga a discogliersi la comunione, se ne trova qualcuno in natura, vi sarebbe solamente un privilegio pel credito di regresso, facendolo riconoscere.

La ragione di questa differenza tra gl' immobili reali proprj di comunione, e i mobili realizzati è, che la comunione deve avere il godimento di tutti i beni proprj di ciascun conjuge *ad sustinenda onera matrimonii*; essa può avere il godimento de' loro beni immobili proprj reali, senzachè con questo godimento se ne consumi il fondo; non è adunque necessario ch' essa abbia il diritto di alienare il fondo per aver questo godimento; al contrario, i mobili realizzati essendo cose, che si consumano coll' uso, che se ne fa, *quae usu consumuntur*, o almeno che soffrono alterazione e diventano di niun valore per un lungo uso, acciocchè la comunione possa averne il godimento e conservare nello stesso tempo al conjuge, che le ha realizzate, qualche cosa, che gli tenga luogo del diritto di proprietà, ch' egli ha inteso di riservarsi colla convenzione di realizzazione, è stato d' uopo lasciare alla comunione questi mobili realizzati, e lasciare al marito, capo di questa comunione, il diritto di alienarli e disporne, senza di che la comunione non potrebbe averne il godimento, e dare al conjuge che gli ha realizzati, acciocchè gli stia in luogo del suo diritto di proprietà, un credito di compenso del valore de' beni realizzati, che egli ha diritto di pretendere contro la comunione al tempo del di lei scioglimento. Ciò è conforme ai principj di diritto sopra il quasi-usufrutto. *Inst. tit. de usufr.* § 3, *et tit. ff. de usufr. ear. rer. quae usu consum.*

§ 2. *Delle estensioni che si danno nei contratti di matrimonio, alla convenzione di realizzazione.*

326. Allorchè la convenzione di realizzazione è semplice, non ha effetto che pel caso della comunione, il credito per lo prelevamento della somma a cui ammonta il valore degli effetti realizzati che il figlio, erede del predefunto che ha fatto la realizzazione, ha contro la comunione e contro il conjuge superstite per la parte che il superstite ha nella comunione, non viene considerato come proprio convenzionale se non nel caso di comunione; ma nell' eredità di questo figlio, tale credito, ch' egli ha, non è altrimenti considerato se non come un credito *mobiliare* nel quale il superstite gli succede in qualità di erede de' mobili di questo figlio, e ne fa confusione ed estinzione.

La convenzione di realizzazione è semplice quando dicesi semplicemente che i mobili del conjuge *saranno beni proprj*, oppure *saranno proprj del futuro conjuge*.

327. Parimenti, quando è stato detto semplicemente, che una somma di

danaro data ad un conjuge, o che gli appartiene, sarebbe impiegata *per comprare un fondo*, non essendo stato fatto l'impiego, la convenzione di realizzazione di questa somma, che risulta da questa destinazione di comprare fondi, non è che una semplice clausola di realizzazione, la quale non ha effetto che pel caso di comunione, nè impedisce che nell'eredità del figlio creditore del prelevamento di questa somma, essa non debba essere considerata che come un semplice credito mobiliare al quale il superstite ha diritto di succedere, come erede de' mobili. Nondimeno ciò è stato soggetto a qualche difficoltà riguardo alla somma di danaro recata dalla moglie, con la clausola che fosse impiegata nell'acquisto di fondi, se ella fosse morta prima che si fosse fatto l'impiego, lasciando per erede un figlio il quale sia morto di poi: si è dubitato se nell'eredità di questo figlio, il marito superstite, di lui padre, potesse succedergli nel credito di prelevamento di questa somma. Dicevasi in favore degli eredi de' beni proprj materni che se il marito superstite avesse impiegato la somma nell'acquisto di fondi, questi sarebbero stati beni proprj materni nella persona del figlio erede di sua madre, ne' quali beni proprj egli non avrebbe potuto succedere a questo figlio; che era dal canto del marito una frode il non avere effettuata la destinazione stipulata nel contratto di matrimonio, per procurarsi la successione al diritto di prelevamento di questa somma in tempo della morte de' suoi figli; ch' egli non deve profittare di questa frode, e che l'impiego che doveva esser fatto di questa somma, deve, rapporto a lui, esser riputato fatto secondo questa regola di diritto: *in omnibus causis pro facto accipitur, id, in quo per aliquem mora sit quominus fiat*; *l.* 39, ff. *de R. J.*, e che per conseguenza nell'eredità del figlio egli debba essere escluso dal succedere nel prelevamento di questa somma, come sarebbe stata esclusa dal succedere ne' fondi se fosse stato fatto l'impiego.

Per queste ragioni con alcune antiche decisioni citate da Renusson nel suo *Trattato della Comunione*, era stato giudicato contro il marito; ma questo autore ci fa sapere che la giurisprudenza ha in seguito cambiato, e che con decisioni posteriori è stato giudicato che quando una donna maritandosi ha conferito una certa somma onde fosse impiegata nell'acquisto di fondi, questa destinazione dello impiego da farsi non imponeva al marito una obbligazione precisa di farlo, e che in consegnenza ei non doveva essere escluso dal succedere a' suoi figli nel diritto di prelevar questa somma, ch'essi hanno come eredi della loro madre.

Non sarebbe così, se il marito si fosse obbligato formalmente verso la famiglia di sua moglie di fare l'impiego: l'inadempimento della sua obbligazione lo rende debitore dei danni ed interessi di questa famiglia, ed ei deve, per questi danni ed interessi, cedere a questa famiglia la successione al diritto di prelevamento invece de' fondi ai quali sarebbe essa succeduta, s' egli ne avesse fatto l'impiego.

328. La semplice convenzione di realizzazione de' mobili del conjuge non ha effetto, come lo abbiamo detto, se non pel caso della comunione; ma sono state introdotte ne' contratti di matrimonio alcune addizioni alla convenzione di realizzazione, le quali si estendono al caso della successione de' figli.

La prima specie di addizione che si fa nella convenzione di realizzazione, è quando dopo che è stato detto che i mobili del futuro conjuge sarebbero suoi beni proprj: e parimenti dopo che è stato detto che una determinata somma di danaro, che fa parte della dote di uno de' conjugi, sarebbe impiegata nell'acquisto di fondi che sarebbero suoi proprj, si aggiungono queste parole, *ed a' suoi*.

L'effetto di quest' addizione *ed ai suoi*, è di estendere la convenzione di realizzazione o di stipulazione di proprietà al caso della successione dei figli: di modo che, quando un conjuge, *puta*, la moglie, i di cui mobili sono stati stipulati proprj per essa e pe' suoi, venisse a morire lasciando i suoi figli per suoi eredi, venendo in seguito a morire qualcuno di essi,

il credito della somma realizzata per la porzione in cui essi sono succeduti alla loro madre, viene nella di loro eredità considerata immobile proprio materno a cui succedono gli altri figl', ad esclusione del marito superstite, erede dei mobili de' suoi figli.

Osservate, che essendo queste stipulazioni di diritto stretto, la parola *suoi* non comprende se non i figli del conjuge i di cui mobili sono stati stipulati proprj di lui e *de' suoi*; questo credito della somma realizzata, che non è introdotto se non in favore de' figli, viene riputato un bene proprio della successione; quindi se tutti i figli del conjuge, di cui i mobili sono stati stipulati proprj per esso e *pe' suoi*, venissero a morire successivamente, il credito della somma realizzata, che è stato riputato immobile proprio nella eredità de' figli, fintantoche ve n' è restato qualcuno per raccoglierla, non sarà più considerato nell' eredità dell' ultimo morto, se non come un credito *mobiliare*, come lo è in realtà, al quale succederà il conjuge superstite nella sua qualità di erede de' mobili de' suoi figli; imperciocchè non essendo stata fatta la realizzazione se non a favore *de' suoi*, cioè de' figli, al tempo della successione dell' ultimo figlio morto, non rimane più alcuno di coloro a favore de' quali è stata fatta la realizzazione, e per conseguenza deve cessare il suo effetto.

Non è lo stesso delle parole eredi (*hoirs*) impiegate nelle convenzioni di realizzazione; esse non comprendono che gli eredi della linea diretta, cioè i figli: quindi allorchè i mobili di un conjuge sono stati stipulati proprj di esso, o de' suoi eredi, nel caso della successione non si reputa fatta la realizzazione se non in favore de' figli di questo conjuge, ed è totalmente simile alla stipulazione colla quale i suoi mobili fossero stati stipulati proprj di lui e de' suoi.

Del resto queste parole, *suoi eredi*, in tali stipulazioni comprendono non solamente i figli del primo grado ma anche i nipoti e tutta la posterità del conjuge, che ha fatto la stipulazione. Comprendono non solo i figli, che nasceranno da tale matrimonio, ma anche quelli, che il conjuge stipulante avesse da un matrimonio precedente.

329. La seconda addizione, che si fa ne' contratti di matrimonio alle convenzioni di realizzazione, è quella che si fa con queste parole, *ed a quelli del suo lato e linea*, cioè quando nel contratto di matrimonio è detto, che i mobili del futuro conjuge saranno proprj di lui, de' suoi *e di quelli del suo lato e linea*.

Queste parole *del suo lato e linea* comprendono tutti i parenti, anche collaterali, del conjuge, che ha fatto la stipulazione, ed estende a loro vantaggio la finzione della realizzazione nell' eredità dell' ultimo figlio, che venisse a morire.

Quindi se il *mobiliare* di un conjuge, *puta*, della moglie, è stato stipulato proprio di lei, de' suoi e di quelli della sua linea, ed essa sia morta lasciando eredi i suoi figli, i quali sieno pure morti tutti successivamente; il credito del prelevamento della somma realizzata sarà, nell' ultimo morto, considerato come immobile proprio materno, in cui succederanno gli eredi materni del detto figlio, ad esclusione del conjuge superstite, padre ed erede de' mobili del detto defunto.

Insorge una questione sopra l' effetto di queste due addizioni fatte ad alcune stipulazioni di proprietà, che è stata decisa con una sentenza del 17 aprile 1703, fatta in forma di regolamento, riportata da Augear, tom. I,

Nel caso un certo Conthié nel suo contratto di matrimonio con Susanna Barrè, sua terza moglie, aveva messo in comunione 2,000 lire, ed aveva stipulato il di più del suo mobile essere proprio per sè, pe' suoi e per quelli della sua linea: morì egli il primo lasciando eredi otto figli de' suoi differenti matrimonj: essendo di poi morti due figli del terzo matrimonio, la di loro madre pretese, nella sua qualità di erede de' mobili, di dover loro succedere nelle porzioni, ch' essi avevano nel prelevamento de' beni proprj in preferenza ai di loro fratelli e sorelle, eredi de' beni proprj paterni; essa sosteneva, che queste stipulazioni di proprietà pe' suoi e per quelli della

sua linea, non erano valide ad effetto di fare una proprietà convenzionale in materia di successione del credito di prelevamento della somma realizzata, se non quando la dote di un conjuge, a cui si apponevano queste stipulazioni, gli fosse stata costituita da suo padre o da sua madre, essendo in questo caso permesso ai donanti di apporre alla loro donazione quelle condizioni, che loro piacessero; ma quando il conjuge si maritava *de suo*, non poteva da *per sè* cambiare la natura de' suoi beni, e di uno stato mobiliare farne un bene proprio della sua linea nell' eredità de' suoi figli; la corte non ebbe alcun riguardo a questa distinzione, e la decisione aggiudicò ai fratelli, come eredi paterni, le parti, che i figli morti avevano nel prelevamento di tali beni proprj, come essendo una proprietà paterna da cui era la madre esclusa nella stipulazione.

330. Queste due specie di addizioni che si fanno alla convenzione di realizzazione danno al credito della somma realizzata la qualità d'immobile proprio nel caso di successione, ad effetto, che il conjuge superstite non vi possa succedere nella sua qualità di erede nei mobili de' suoi figli; ma esse non danno a questo credito la qualità di proprio per disposizione; quindi allorchè questi figli sono in età capace di testare de'loro mobili, questo credito che hanno i detti figli, è compreso come bene mobile ne' legati de' loro mobili ed acquisti, che avessero fatto al superstite.

Per ovviare a ciò, vi è una terza addizione, la quale si fa qualche volta nei contratti di matrimonio alla convenzione di realizzazione; la parte che stipula, che il suo mobiliare sarà proprio *di lei e de' suoi* oppure *sarà proprio di lei, de' suoi e di quelli della sua linea*, aggiunge queste parole: *in quanto anche alla disposizione*, oppure queste: *in quanto a tutti gli effetti*.

L' effetto dell' addizione di queste parole è di estendere la convenzione di realizzazione al caso anche della disposizione, di modo, che i figli eredi del conjuge predefunto, il quale ha in tal modo realizzato il suo mobiliare, non possono più, tanto per donazione tra vivi quanto per testamento, disporre del credito della somma realizzata a profitto del superstite, come non lo potrebbero di un bene proprio reale.

331. Ciascuno de' futuri conjugi può comprendere in queste stipulazioni di proprietà per sè, pe' suoi e per quelli della sua linea, non solo i beni mobili, che ha quando si marita, ma quelli anche, che saranno per pervenirgli; ciò si usa di esprimersi con queste parole: *il di più de' suoi beni unitamente a ciò, che sarà per pervenirgli durante il matrimonio a titolo di eredità, donazione o legato, sarà proprio di lui, de' suoi e di quelli della sua linea.*

Si potrebbe ancora aggiungere alla clausola questa: *sarà parimenti proprio de' suoi e di quelli della sua linea tutto ciò, che dopo la sua morte perverrà direttamente ai figli, che nasceranno dal matrimonio a titolo di eredità di sua famiglia?* Io credo, che questa clausola sia valida; con essa l' altro conjuge rinunzia al diritto di succedere a' suoi figli ne' mobili, ch' essi avessero avuto in eredità da' parenti della famiglia di quello, che ha fatto la stipulazione: noi abbiamo veduto nella prefazione, che il favore de' contratti di matrimonio vi ha fatto ammettere le rinunzie alle successioni future; se adunque si può rinunziare totalmente ad una successione futura, si può pure rinunziarvi riguardo a certi determinati beni.

332. Vi sono tre massime da osservare sopra l' effetto di queste addizioni, che si fanno alle convenzioni di realizzazione.

Prima massima. Queste addizioni sono di diritto stretto, e perciò devonsi interpretare secondo il senso rigoroso e grammaticale delle parole con cui sono concepiti, dal quale non è permesso allontanarsi, sopra congetture dall' intenzione delle parti. Si può addurre per primo esempio di questa massima il caso in cui un padre dotando sua figlia da se solo e totalmente *de suo*, si fosse espresso in questi termini nel contratto di matrimonio: « Il padre della futura sposa ha dato a sua figlia, in favore del

matrimonio, una somma di tanto in danaro, che il futuro sposo ha confessato di aver ricevuto, della quale somma ne entrerà tanto nella comunione, e il di più sarà proprio della futura, de' suoi *e di quelli della sua linea* ». Quantunque sia probabilissimo, che l' intenzione del donante sia di conservare alla sua famiglia ciò, che ha procurato di riservarsi come proprio anzichè per quella di sua moglie, che gli è estranea, non ostante non devesi, sopra questa congettura della sua volontà, allontanare dal senso rigoroso e grammaticale delle parole; ora, in questa clausola, *sarà proprio della futura, de' suoi e di quelli della sua linea*, queste parole, *e di quelli della sua linea*, secondo il loro senso grammaticale, si riferiscono *alla futura* e non al donante; e significano quelli *della parte e linea della futura*, e non solamente quelli della linea del donante, quindi il credito della moglie, così realizzato, non deve considerarsi nella eredità de' figli, che vi sono succeduti alla loro madre, se non come un bene proprio convenzionale il quale non rimonta oltre la loro madre, e per succedere in questo bene proprio, basta esser parente dei detti figli dal lato della loro madre, senza che vi sia bisogno di esserlo anco da quello del donante. Ciò è stato giudicato con molte decisioni, e particolarmente da una in forma di regolamento del 16 marzo 1732, riportata dall' autore del *Trattato dei Contratti di Matrimonio, tom.* 3, *p.* 421. Nel caso di questa decisione, il signore Dumoulin e sua moglie maritando la loro figlia al signore di Fieubet, avevano stipulato per una determinata parte della dote, che sarebbe propria della futura, de' suoi, e di quelli del suo lato e della sua linea: essendo morta la signora di Fieubet ed avendo lasciato suo erede un figlio minore, che pure morì qualche tempo dopo, fu disputato, nell' eredità di questo minore, il credito della parte della dote stipulata come propria, che il minore, come erede di sua madre, aveva contro suo padre; fu disputato, dissi, tra la vedova Dumoulin avola del minore, e i parenti collaterali della famiglia Dumoulin: questi pretendevano di succedervi per metà, sostenendo, che il signore e la signora Dumoulin avendo dotato ciascuno per metà, questa dote era per metà propria convenzionale della famiglia Dumoulin; la decisione giudicò, che la proprietà convenzionale non doveva rimontare oltre la persona della signora di Fieubet, ed in conseguenza aggiudicò questo credito in totale alla vedova Dumoulin.

Per conservare alla famiglia del donante la somma riservata da esso come propria, sarebbe stato d'uopo concepire diversamente la clausola e dire: sarà propria della futura, de' suoi, e di quelli del lato della linea del donante.

Si può addurre per un secondo esempio della nostra massima, quello della clausola con cui sia detto, che se il fondo è alienato durante il matrimonio, comunque proprio di uno de' conjugi, il credito, pel reimpiego del prezzo, *sarà proprio di lui, dei suoi e di quelli del suo lato e della sua linea*, quantunque vi fosse qualche motivo di presumere, che il conjuge, il quale ha fatto la stipulazione, abbia avuto intenzione di conservare il prezzo de' suoi beni proprj, che fossero alienati alle famiglie d' onde essi procedevano; nondimeno nel caso di questa clausola, queste parole, *dei suoi e di quelli del suo lato, e della sua linea*, prese nel loro senso proprio e grammaticale, comprendono nella loro generalità indistintamente tutti i parenti di questo conjuge, che ha fatto la stipulazione senza rimontare più sopra; il credito adunque pel reimpiego del prezzo de' proprj, sarà una proprietà convenzionale, che non rimonterà oltre la persona del conjuge, che ha fatto la stipulazione, e per succedervi non sarà necessario di essere della linea d' onde procedeva il proprio alienato: così è stato giudicato con una decisione del 16 maggio 1735, riportata dall' autore del *Trattato de' Contratti di Matrimonio*. Per conservarla a questa linea sarebbe stato d' uopo dire espressamente, che il credito del reimpiego del prezzo *sarebbe proprio di quelli della linea donde procedevano i proprj alienati*, oppure, che *sarebbe proprio dell' istessa natura de' proprj, che venissero alienati.*

333. *Seconda massima*. Le addizioni che si fanno alle convenzioni di realizzazione non si estendono nè da una persona all'altra, nè da una cosa all'altra, nè da un caso all'altro. Questa massima è una conseguenza della precedente.

1.° Queste addizioni non si estendono da una persona ad un'altra: quindi, allorchè un conjuge ha stipulato che i suoi mobili sarebbero proprj di lui e *de' suoi*, ciò che è stato stipulato pe' suoi cioè pe' suoi figli, non deve estendersi ai collaterali, e per conseguenza il credito di prelevamento non deve esser considerato nell'eredità dell'ultimo figlio morto come una proprietà convenzionale della linea di quello, che ha fatto la stipulazione, come abbiamo detto *supra*, n. 328.

334. Quando un conjuge ha stipulato, che i suoi mobili sarebbero proprj di lui e di quelli del suo lato e della sua linea, senza dire *de' suoi* e senza servirsi di alcun altro termine che indichi i suoi figli, puossi dire, secondo la massima che le stipulazioni non si estendono da una persona a un'altra, che in questo caso il credito de la somma realizzata non deve riputarsi proprio convenzionale in favore de' figli del conjuge, che ha fatto la stipulazione? Io penso che i figli di quello, che ha fatto la stipulazione, sieno in questo caso compresi nelle convenzioni di realizzazione, quantunque non vi sieno designati con parole, che loro sieno particolari, come quelle *e pe' suoi*, che si usa d'impiegare; essi sono compresi con i collaterali, in queste parole, *per quelli del suo lato e della sua linea*; imperciocchè non vi è chi appartenga tanto alla linea di quello, che ha fatto la stipulazione, quanto i suoi figli. Egli è tanto più necessario di considerare i figli come compresi in questa convenzione di realizzazione, in quanto che non cadej sotto il buon senso che il conjuge abbia voluto conservare i suoi beni mobili pe' collaterali, e non abbia poi voluto conservarli pe' suoi figli, che devono essergli più cari assai de' suoi collaterali.

La nostra decisione avrebbe anco minor difficoltà, se il conjuge si fosse servito della parola *anche*; *puta*, se fosse detto: *saranno proprj di lui, ed anche di quelli del suo lato e della sua linea*.

335. 2.° Le addizioni fatte alla convenzione di realizzazione, non si estendono da una cosa ad un'altra: quindi allorchè nel contratto di matrimonio è detto, riguardo ad uno de' futuri conjugi, che il di più de' suoi beni sarà proprio di lui, de' suoi e di quelli del suo lato e della sua linea, e che in seguito siasi detto, che ciò che gli perverrà a titolo di successione, donazione o legato, sarà suo proprio; l'addizione che vien fatta alla convenzione di realizzazione pel di più de' beni mobili, che il conjuge avea quando si è maritato, non si estende a ciò ch' egli ha stipulato pel mobile che gli perverrebbe a titolo di eredità, il quale non sarà che una semplice proprietà di comunione.

Per la medesima ragione, quest'addizione, *pe' suoi e per quelli del suo lato e della sua linea*, alla stipulazione di proprietà che un conjuge ha fatto del di più de' suoi beni, si limita a fare del prelevamento del valore di questo soprappiù de' mobili, ch' egli aveva quando si è maritato, un bene proprio convenzionale nella successione de' suoi figli; ma essa non si estende al reimpiego del prezzo dei suoi immobili che fossero stati alienati durante il matrimonio; il credito di questo reimpiego non passa nella eredità de' figli di questo conjuge se non per un semplice credito mobiliare, al quale succederà il conjuge superstite come erede de' mobili dei suoi figli; imperciocchè il conjuge, stipulando che il di più de' suoi beni sarebbe proprio pe' suoi e per quelli del suo lato e della sua linea, viene riputato non aver inteso di parlare se non di quelli, che egli aveva quando si è maritato, e non de' crediti del reimpiego del prezzo de' suoi beni proprj che fossero alienati durante il matrimonio, il quale prezzo era una cosa, che non esisteva ancora e non ha cominciato ad esistere se non durante il matrimonio, quando sono stati alienati i beni proprj.

Vi è nondimeno un caso in cui la stipulazione fatta da un conjuge, che

il di più de' suoi beni sarebbe suo proprio, de' suoi e di quelli del suo lato e della sua linea, deve riputarsi comprendere il credito del reimpiego del prezzo de' suoi beni proprj che fossero alienati durante il matrimonio; cioè quando il di più de' beni, che il conjuge ha stipulato esser proprj a questo modo, non consistesse che in immobili.

Per esempio, se il padre e la madre di una figlia, allorchè la maritano, le abbiano dato 30,000 lire, cioè 6,000 in beni mobili, che il futuro conjuge ha riconosciuto di avere ricevuto, e 24,000 in tali e tali stabili, e sia in seguito detto, che la comunione sarà, per la parte della futura sposa, composta di 10,000 lire da prendersi prima sopra i mobili, poscia sopra gl'immobili, e che il *di più dei suoi beni* sarà proprio di lei, de'suoi e di quelli del suo lato e della sua linea: in questo caso il di più de'beni, che la futura si è riservato come proprj per lei e per quelli del suo lato e della sua linea, non consiste se non negli stabili, imperciocchè tutto il suo mobiliare è stato conferito nella comunione: la sposa stipulando che i suoi immobili sarebbero proprj di lei, de' suoi e di quelli del suo lato e della sua linea, non ha potuto contemplare il caso in cui ella conservasse in natura questi immobili fino alla dissoluzione della comunione; imperciocchè la stipulazione di proprietà non può avere alcun effetto in questo caso, non potendo quest' immobili ricevere da tale stipulazione una qualità di proprietà ch' essi hanno per loro propria natura: per dare adunque qualche effetto a questa stipulazione, è d' uopo supporre che il conjuge stipulando che i suoi stabili saranno proprj *per lui*, pe'suoi e per quelli del suo lato e della sua linea, abbia fatto questa stipulazione pel caso in cui fossero alienati durante il matrimonio, ed il credito del reimpiego del prezzo pel quale essi venissero venduti è ciò che le parti hanno avuto in vista in questa stipulazione. Ciò è conforme a questa regola d' interpretazione che le convenzioni devono esser piuttosto intese in un senso secondo il quale abbiano qualche effetto che in un senso secondo il qualnon ne potessero avere alcuno. *Trattato delle Obbligazioni*, n. 92.

Fuori di questo caso, la stipulazione di proprietà per quelli del suo lato e della sua linea, che il futuro conjuge fa del di più de' suoi beni, non si applica al credito del reimpiego del prezzo de' suoi beni proprj: per fare una proprietà convenzionale di questo credito nell' eredità de' figli, è d'uopo stipulare espressamente, o che questo credito sarà proprio de'suoi, o che sarà proprio de' suoi e di quelli del suo lato e della sua linea, o applicarne, con qualche parola relativa, la stipulazione di proprietà pel credito del prezzo delle proprietà alienate, a quella che il conjuge ha precedentemente fatto pel di più de'suoi beni; come sarebbe se dopo la clausola in cui sia detto, che il di più de' beni del conjuge sarà proprietà di lui, dei suoi e di quelli del suo lato e della sua linea, si aggiunga in seguito che il credito del reimpiego del prezzo delle sue proprietà, che fossero alienate durante il matrimonio, *sarà similmente proprio*; oppure, *sarà anche proprio*; queste parole, *similmente, anche*, sono parole relative alla clausola precedente, le quali, nell' eredità dei figli del conjuge, che ha fatto queste stipulazioni, rendono proprio convenzionale il credito del reimpiego del prezzo delle proprietà alienate, come la clausola rende proprio il prelevamento del valore del di più de'mobili che il conjuge aveva quando si è maritato.

Con queste parole relative, si può pure applicare la stipulazione, che il conjuge ha fatta, che il di più de'suoi beni sarà proprio de'suoi e di quelli del suo lato e della sua linea, a quella, che egli fa per ciò, che gli perverrà a titolo di eredità o donazione, aggiungnendo in seguito: *ciò che perverrà al conjuge a titolo di eredità o donazione sarà proprio* di lui ALL'ISTESSO MODO, oppure, *sarà* SIMILMENTE *di lui proprio*.

Nondimeno, per evitare ogni contestazione, invece di queste parole relative, è più sicuro di ripetere espressamente, tanto riguardo al credito dello impiego de' beni proprj alienati,

quanto riguardo a ciò che potrebbe pervenire a titolo di successione, che questi crediti saranno proprietà dei suoi e di quelli del suo lato e della sua linea.

336. 3.° Le addizioni fatte alla convenzione di realizzazione non si estendono da un caso all'altro: per esempio, come abbiamo detto n. 330, ciò che viene stipulato pel caso di eredità de' figli, non si estende al caso della facoltà di disporre.

337. *Massima terza.* Le convenzioni di realizzazione e tutte le addizioni, che vi si fanno, non possono avere alcun effetto se non tra quelli che erano parti nella convenzione, tra i loro eredi o altri successori; quindi le proprietà convenzionali formate dalle convenzioni, non possono essere considerate tali, se non tra le famiglie contraenti, e non verso terze persone, che non sono intervenute in esse.

Questa massima vien presa da questa regola generale di diritto: *animadvertendum ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re, aliave persona noceat*; *l.* 27, § 4, *ff. de pact. Ved.* ciò che abbiamo detto nel nostro *Trattato delle Obbligazioni*, *n.* 85, 87 *e seg.*

Si può fare l'applicazione di questa massima al seguente caso: Tizio, primo di nome, ha sposato Sempronia, la quale nel contratto di matrimonio ha stipulato che una certa somma sarebbe propria di lei, de' suoi e di quelli del suo lato e della sua linea: essa ha lasciato per suo erede il di lei figlio Tizio, secondo di nome, il quale ha sposato Cornelia, ed è in seguito morto, lasciando per suo erede Tizio, terzo di nome, il quale pure è morto. Cornelia, madre di questo Tizio, terzo di nome, quale sua erede ne' mobili, gli succederà nel credito, ch'esso aveva contro il suo avo Tizio pel prelevamento della somma che si era stipulata esser propria di Sempronia, senza che i parenti della famiglia di Sempronia possano opporle ch' essendo stato stipulato da Sempronia che questa somma sarebbe propria di lei, de' suoi e di quelli del suo lato e della sua linea, tale credito sia una proprietà convenzionale dovuta alla famiglia di Sempronia; imperciocchè non essendo intervenuta la convenzione che fra Tizio e Sempronia, il credito del prelevamento di una tal somma non può essere considerato una proprietà convenzionale della famiglia di Sempronia, se non riguardo a Tizio con cui si è fatta la stipulazione e riguardo a quelli che lo rappresentassero. Secondo la nostra massima, esso non deve essere considerato una proprietà convenzionale riguardo a Cornelia, che non è stata a parte di questa convenzione.

L'autore del *Trattato dei Contratti di Matrimonio* riporta una decisione del 20 gennajo 1738. Nel caso, il sig. Dumoulin, nel suo contratto di matrimonio con Antonietta de la Collonge, aveva stipulato, che una somma di 9,000 lire, la quale faceva parte del suo mobiliare, sarebbe propria di lui, de' suoi e di quelli del suo lato e della sua linea. Gaspare di Fieubet, essendo premorta la di lui madre, aveva raccolto l'eredità del sig. Dumoulin suo avolo materno, in cui erasi trovata questa proprietà convenzionale di 9,000 lire. Essendo poscia il detto Gaspare di Fieubet morto in età minore, i suoi eredi ne'beni proprj della famiglia di Dumoulin pretesero di avere diritto di succedergli in questa somma di 9,000 lire stipulata propria del sig. Dumoulin nel contratto di matrimonio, qual somma il minore Fieubet aveva raccolta nell'eredità del sig. Dumoulin. Essi si fondavano su ciò, che la convenzione di proprietà, portata nel contratto di matrimonio del sig. Dumoulin, aveva fatto di queste 9 000 lire una proprietà convenzionale della famiglia Dumoulin. Il signor di Fieubet, padre del minore defunto, ed erede di esso ne'mobili, gli rispondea benissimo: è vero che questa convenzione di proprietà ha potuto fare una proprietà convenzionale di queste 9,000 lire, riguardo ad Antonietta de la Collonge colla quale era stata fatta la convenzione; ma non ne ha potuto far una per me che non sono stato a parte di tal convenzione. La sentenza ha rigettata la domanda de'parenti della famiglia Dumoulin, ed ha aggiudicato questa somma di 9,000 lire al sig. di Fieubet, come facente parte dell'eredità mobiliare del minore.

338. Secondo la stessa massima, quando una donna nel suo contratto di matrimonio col di lei primo marito ha stipulato che una certa somma sarebbe propria di lei, de'suoi e di quelli del suo lato e della sua linea, *in quanto anche alla disposizione*, il credito di questa somma, che essa ha contro gli eredi del suo primo marito, deve cadere nella comunione legale col suo secondo marito come un bene mobiliare. Non si può opporre che la clausola surriferita abbia reso questo credito una proprietà convenzionale, anche di disposizione; imperciocchè non avendo le convenzioni effetto se non tra coloro, che vi hanno partecipato, questa clausola messa nel contratto del primo matrimonio non ha potuto fare *una proprietà di disposizione* di questo credito, se non riguardo al primo marito, ad effetto che i figli, i quali fossero succeduti alla loro madre in questo credito, non avessero potuto disporne in favore del loro padre di più che se fosse una proprietà reale; ma questa clausola, secondo la nostra massima, non può far riputare questo credito per una proprietà convenzionale riguardo al secondo marito, che non è stato a parte di questa convenzione, nè essa può per conseguenza impedire che cada nella comunione legale di questa moglie col suo secondo marito. Lebrun decidendo il contrario nel suo *Trattato del Contratto della Comunione*, *l.* 1, *cap.* 5, § 1, *d.* 3, *n.* 12, ha peccato contro i primi principj della materia delle convenzioni e delle proprietà convenzionali.

339. Si è, non ha guari, trattata la questione, se quando un conjuge nel suo contratto di matrimonio abbia realizzato i suoi mobili a profitto dei suoi, e di quelli del suo lato e della sua linea, debbasi riputare proprietà convenzionale il credito di prelevamento di questi mobili non solo riguardo all'altro conjuge, ma anche riguardo a tutti quelli della famiglia; o se non debbasi riputar tale, se non riguardo al conjuge o a'suoi successori.

Per esempio, quando una donna ha stipulato, che i suoi mobili sarebbero proprj di lei, de'suoi e di quelli del suo lato e della sua linea, non v'ha dubbio, che nell'eredità del figlio, che è succeduto a sua madre in questo credito, esso sarà riputato, riguardo al conjuge superstite, padre di questo figlio, essere una proprietà convenzionale materna della sua eredità, da cui sarà escluso dai parenti materni di questo figlio. Ma supponendo che il padre fosse premorto e il figlio avesse rinunciato alla sua eredità; nella eredità di questo figlio, il credito, ch'egli ha contro l'eredità del padre pe'mobili realizzati da sua madre, sarà egli egualmente considerato proprietà convenzionale materna riguardo all'avolo paterno di questo figlio, di lui erede ne'mobili, e dovrà egli quest'avolo essere in conseguenza escluso dal succedere a questo credito, da' parenti materni? L'opinione comune sopra tale questione era che tale credito fosse nella eredità de' figli considerato una proprietà convenzionale per parte del conjuge, che aveva fatto la stipulazione, non solo riguardo alla persona dell'altro conjuge, ma riguardo a tutti quelli della di lui famiglia; e per conseguenza, nel proposto caso, i parenti materni dovevano succedere al figlio in tale credito come ad una proprietà materna, ad esclusione dell'avolo paterno.

La questione è stata giudicata contro questa comune opinione da una decisione del 17 maggio 1762 emessa in forma di regolamento. Nel caso, il signor Bellanger Desseulis nel suo contratto di matrimonio con Margherita Maillard, avea stipulato una parte de'suoi mobili esser propria di sè, de'suoi e di quelli del suo lato e della sua linea. Essendo morto il sig. Bellanger Desseulis, aveva lasciato erede il sig. Bellanger di Beauvoir suo figlio; nell'eredità del sig. di Beauvoir si trovarono certi beni, ch'egli aveva avuto dall'eredità di suo padre, i quali a vero dire erano di lor natura beni mobili, ma erano compresi nella convenzione di proprietà fatta nel contratto di matrimonio del sig. Bellanger padre. Fu disputata la successione di questi beni tra i bisavoli materni del defunto che erano di lui eredi nei mobili, e i parenti paterni: questi sostenevano che tali effetti, sebbene mo-

bili per loro natura, erano diventati proprj convenzionali della famiglia Bellanger, in forza della convenzione di proprietà posta nel contratto di matrimonio del sig. Bellanger: e che dovevano considerarsi come tali contro tutti i parenti della famiglia materna, perchè le convenzioni di proprietà per quelli del lato e della linea di uno de' conjugi messe ne' contratti di matrimonio, devono considerarsi non solo come convenzioni intervenute tra l' uomo e la donna che contraggono matrimonio, ma come convenzioni intervenute tra la famiglia del marito e quella della moglie, che devono fare legge per le dette famiglie.

Si aggiugneva che questa opinione era favorevolissima, poichè tendeva a conservare i beni nelle famiglie: se si allontanasse da tale opinione, le persone, la fortuna delle quali consiste in considerevoli beni mobili, e che danno a' loro figli, quando li maritano, delle doti considerabili che consistono soltanto in danaro ed in beni mobili, non potrebbero più avere alcun mezzo sicuro per conservar tali beni alla loro famiglia, fuori quello delle sostituzioni, quale è una via dispendiosa, incomoda ed imbarazzante.

Gli eredi de' mobili del minore rispondevano, che le convenzioni di proprietà, poste ne' contratti di matrimonio, non possono considerarsi come convenzioni intervenute tra le famiglie de' futuri conjugi; ciascuna famiglia non forma un corpo e non è una persona civile capace di contrattare; e perciò i parenti di ciascuno de' futuri conjugi, che assistono e si sottoscrivono nel contratto di matrimonio, non vi assistono e non vi si sottoscrivono se non per onore, e non sono parti contraenti. La convenzione posta in un contratto di matrimonio, in cui uno de' futuri conjugi stipula, che una parte de' suoi mobili sarà propria di lui, de' suoi e di quelli del suo lato e della sua linea, è adunque una convenzione la quale non interviene, se non tra i futuri conjugi, e non può per conseguenza aver alcun effetto se non tra essi. Non si può adunque de' beni mobili, stipulati proprj, fare una proprietà convenzionale della famiglia del conjuge, che ha fatto la stipulazione nell' eredità de' suoi figli, senonchè contro l' altro conjuge, ad effetto di escludere lui e i suoi successori dalla successione di questa proprietà convenzionale; ma essa non può far considerare questi mobili come una proprietà convenzionale contro altre persone, che ne vengono alla successione in nome proprio, non potendo la convenzione, che ha realizzato questi mobili, essere opposta a tali persone, nè avere alcun effetto contro esse, poichè non ne sono state a parte. Dunque, dicevano il bisavolo e la bisavola materni del sig. di Beauvoir, la stipulazione di proprietà paterna nel contratto di matrimonio del sig. Bellanger Dessenlis non ha potuto fare una proprietà convenzionale dei beni mobili in questione, se non contro Margherita Maillard di lui moglie, colla quale era stata fatta la convenzione, ad effetto di escluderla dalla successione di questi mobili, s'ella fosse sopravvissuta a suo figlio, e fosse stata sua erede; ma questa stipulazione, riguardo a noi che veniamo alla successione di questi mobili in nome proprio, non ha potuto farne una proprietà convenzionale, non potendo una convenzione, in cui non abbiamo avuto parte, avere alcun effetto contro di noi. È vero che Margherita Maillard ha potuto rinunciare di succedere essa stessa ne' mobili compresi nella convenzione di proprietà, ma essa non ha potuto rinunciarvi per noi che veniamo a questa successione in nome nostro, nè abbiamo da essa il diritto di succedervi. Per queste ragioni, la sentenza ha rigettato i parenti dalla loro domanda, ed ha aggiudicato al bisavolo ed alla bisavola materni del sig. di Beauvoir la successione di tutti i suoi mobili, e anco di quelli che erano compresi nella stipulazione di proprietà fatta nel contratto di matrimonio di suo padre.

340. Ci resta da vedere in qual modo si estinguano le proprietà convenzionali formate dalle addizioni fatte alla convenzione di realizzazione. Esse si estinguono in molti modi, colla consumazione della finzione, col pagamento, colla confusione e colla alienazione che se ne fa ad un estraneo.

Della consumazione della finzione.

341. La proprietà convenzionale si estingue colla consumazione della finzione, cioè quando ha avuto tutto l'effetto propostosi nella convenzione che l'ha formata. Per esempio, quando un conjuge, *puta*, la moglie, ha stipulato che i suoi mobili sarebbero proprj di essa, de' suoi e quelli del suo lato e della sua linea, la finzione, che rende tal credito una proprietà convenzionale, viene consumata quando al tempo della morte dell' ultimo superstite de' figli, a cui apparteneva questo credito, i parenti materni di questo figlio vi sono succeduti, come ad una proprietà materna: imperciocchè essa ha avuto tutto l' effetto, che si era proposto nella convenzione; cioè di conservare questi beni anche ai parenti collaterali della moglie ad esclusione dell'altro conjuge. Quindi questo credito a cui sono succeduti i parenti del lato materno, come ad una proprietà materna convenzionale, cesserà di essere una proprieta convenzionale nella persona di questi parenti, e non sarà che un semplice credito mobiliare.

Se questa donna non avesse stipulata la proprieta che per essa e pei suoi, senza aggiugnere *e per quelli del suo lato e della sua linea*, non essendo il fine, che ella si è proposto in questo caso, se non di conservare i mobili, ch' essa ha realizzati a tutti i suoi figli, ed impedire al di lei marito, padre dei detti figli, di succedere per questo credito a que' figli, che premorissero a lui in pregiudizio di quelli che rimanessero, ne viene che, tostochè l' ultimo rimasto de' figli è succeduto ai predefunti, avendo la finzione avuto tutto il suo effetto, la proprietà convenzionale si estingue; e nella persona di questo ultimo figlio rimasto, questo credito non è più che un semplice credito al quale, nel tempo della sua morte, il di lui padre succederà come suo erede ne' mobili.

342. Supponiamo che la moglie, la quale ha stipulato che i di lei mobili fossero proprj di lei e de' suoi, abbia lasciato tre figli, che ciascuno per un terzo le sieno succeduti in tale credito. In tempo della morte del primo, i due che restarono gli sono succeduti ad esclusione del loro padre, ciascuno per metà nel terzo, che egli vi aveva; morendo il secondo, il padre, convenendo che l' ultimo figlio rimasto debba succedere a di lui esclusione nel terzo, che il defunto aveva per parte sua dall'eredità di sua madre, può egli pretendere che non debba essere così riguardo alla porzione che il defunto ha avuto dalla successione di suo fratello premorto, perchè la finzione deve considerarsi esser consumata per quel terzo, ed in conseguenza la proprietà convenzionale reputarsi estinta per lo stesso terzo? Questa pretensione del padre è mal fondata: è vero che la finzione ha avuto una parte del suo effetto quando è morto il primo figlio, rapporto al terzo, che gli apparteneva nella proprietà convenzionale, facendovi succedere i due figli, che restavano, ad esclusione del padre; ma essa non ha avuto tutto il suo effetto; dessa non avrà tutto il suo effetto e non sara totalmente consumata, se non quando l' ultimo figlio rimasto vi sarà succeduto; poichè il fine che la moglie si è proposto, realizzando questi mobili pe' suoi, è di conservarli intieramente a' suoi figli, fino all' ultimo, e d' impedire che il conjuge superstite vi succeda in veruna porzione in pregiudizio de' figli.

Del pagamento.

343. Il credito de' mobili realizzati, a cui la convenzione di realizzazione e le addizioni fattevi hanno dato la qualita di proprietà convenzionale, si estingue, come tutti i crediti, col pagamento, *solutione extinguitur obligatio*. La proprietà convenzionale, che altro non è se non una qualità di questo credito, è adunque estinta col pagamento fattone; non potendo sussistere una qualità quando il suo soggetto è distrutto.

Quindi se dopo la morte del conjuge, che ha fatta la stipulazione, sia intervenuta una divisione de' beni della comunione tra i figli e il conjuge superstite, ed i figli abbiano usato del

diritto di prelevamento di cui erano creditori nella loro qualità di eredi del conjuge predefunto e ne sieno stati pagati, non essendovi più tale diritto non vi è più proprietà convenzionale.

Perlochè se dopo questa divisione, questi figli muojono in età maggiore, il conjuge superstite nella sua qualità di erede de' mobili ed acquisti succederà loro totalmente, senzachè gli eredi de' beni proprj della famiglia del predefunto, che ha fatto la stipulazione nel contratto di matrimonio, possano pretendere, nelle eredità dei detti figli, di prelevare i mobili compresi in questa stipulazione; essendo tale credito una cosa, che non esiste più e che è stata estinta col pagamento, che n' è stato fatto a' detti figli. Questo è il parere di tutti gli autori, e così è stato giudicato con due decisioni, una del 16 maggio 1692, l' altra del 1749, a favore del sig. di Bomelle, citate dall' autore del *Trattato de' Contratti di Matrimonio*.

344. La cosa non sarebbe così, se il figlio, che è stato soddisfatto del credito de' mobili compresi nella stipulazione di proprietà del conjuge predefunto, fosse morto in età minore: impercioechè, secondo l' *art.* 94 dello Statuto di Parigi (che forma il diritto comune per tutti gli altri Statuti sopra questo punto, essendo stato in tempo della sua riforma accresciuto e formato sulla giurisprudenza, ch' era stabilita allora), quando una rendita propria appartenente ad un minore gli è stata rimborsata, se il minore muore in età minore, i danari provenuti da questo rimborso, e l' impiego, che ne è stato fatto, rappresentano questa rendita nell'eredità del minore; e gli eredi de' beni proprj che vi succederebbero, s'ella fosse in natura, succedono ai danari che ne sono provenuti. Per la stessa ragione, quando un minore, che è stato pagato del credito de' mobili stipulati proprj, muore in minore età, i danari provenuti da tale pagamento appartengono al di lui erede ne' beni proprj il quale succederebbe alle proprietà convenzionali se esistessero ancora in natura: poichè ciò che lo Statuto di Parigi ha ordinato riguardo ai danari provenuti dal rimborso di una rendita propria, è stato esteso a tutte le altre proprietà, tanto alle convenzionali quanto alle altre: *cum tantumdem operetur fictio in casu ficto, quantum veritas in casu vero.*

Della confusione.

345. Quando il figlio, creditore di una proprietà convenzionale del conjuge predefunto, diventa erede dello altro conjuge, che ne era debitore, si fa confusione ed estinzione di questo credito e per conseguenza della proprietà convenzionale; tanto perchè le qualità di creditore e di debitore si distruggono reciprocamente, allorchè concorrono nella stessa persona, quanto perchè si reputa pagato il credito, riputandosi che il figlio abbia trovato nell' eredità del suo debitore di che esserne pagato: *additio haereditatis pro solutione est.*

346. Questo principio soffre eccezione in due casi. Il primo è quando il figlio, creditore della proprietà convenzionale, è diventato erede del conjuge ultimo morto, che ne era debitore, col beneficio d' inventario: imperciocchè l' effetto del beneficio di inventario è d' impedire la confusione dei diritti dell' erede con quelli dell' eredità beneficiata; e per conseguenza impedire l' estinzione dei di lui crediti contro l' eredità, finchè se sia egli pagato sui beni ereditarj con una liquidazione di conti fatta co'creditori di essa. Ved. la nostra introduzione al Tit. 17 dello Statuto di Orleans, n. 52.

347. Il secondo caso di eccezione è quando il figlio, nella sua età minore, divenuto essendo erede puro e semplice del conjuge ultimo morto, debitore della proprietà convenzionale, sia morto in età minore; in questo caso gli eredi, che sarebbero succeduti in questa proprietà, se si fosse trovata in natura nella eredità del figlio, succedono ad esso nell'impiego del prezzo di tale proprietà, che vengono riputati trovare nella eredità, giusta l'articolo 94 dello Statuto di Parigi sopra citato; perocchè i beni ereditarj del conjuge, che ne è stato debitore, di cui il figlio è stato

erede, gli tengon luogo dell' impiego del prezzo di questa proprietà fino alla debita concorrenza.

348. Aggiugnevasi un terzo caso di eccezione, cioè quando, nella stipulazione fatta nel contratto di matrimonio, colla quale uno de' futuri conjugi stipulava che il di più de'suoi mobili sarebbe proprio di lui, de'suoi e di quelli del suo lato e della sua linea, fosse aggiunto: *e sarà riputato tale nella eredità de' figli che nasceranno dal matrimonio, non ostante ogni confusione e concorso di eredità sopravvenute nella di loro persona.* Ma dopo che la nuova giurisprudenza stabilita dalla decisione, in forma di regolamento, del 1762, riportata n. 338, ha stabilito che il credito di proprietà, che il figlio erede del conjuge predefunto ha contro il conjuge superstite, non possa considerarsi proprietà convenzionale nella successione di questo figlio, se non contro la persona del conjuge superstite col quale è stata fatta la convenzione di proprietà, e contro a' suoi successori, e non già contro le altre persone della famiglia di questo conjuge, che venissero in nome proprio alla successione del figlio, non può più, nella giurisdizione del parlamento di Parigi, esservi luogo alla questione di sapere, se il figlio, creditore di tali mobili realizzati, raccogliendo l' eredità del conjuge superstite, che ne era debitore, abbia fatto confusione di questo credito; e se questa confusione abbia estinto la proprietà convenzionale, dimodochè nell' eredità del figlio, i parenti del lato del conjuge, che ha fatto la stipulazione, non possano più pretendere questa proprietà contro la famiglia dall'altro conjuge. Imperciocchè basta, secondo questa giurisprudenza, che il conjuge debitore sia morto prima del figlio, nè possa più per conseguenza esser erede di lui, acciocchè non vi sia più proprietà convenzionale nell'eredità del figlio, non essendovi se non egli, a cui secondo questa giurisprudenza possa opporsi la convenzione di proprietà. Non ostante, siccome vi sono degli altri parlamenti, nella giurisdizione de' quali non può essere seguita questa giurisprudenza, così tutto ciò che noi abbiamo detto sulla confusione, non deve considerarsi come inutile.

Della alienazione.

349. È massima comune per tutte le proprietà di qualsisia specie, tanto convenzionali quanto reali, che la qualità di propria non sia una qualità intrinseca, ma una qualità puramente estrinseca e relativa alla persona, che ne è proprietaria; quindi allorchè il proprietario di una cosa, che nella sua persona è propria, sia reale sia convenzionale, aliena questa cosa, allora la qualità di propria, che aveva questa cosa, si perde totalmente e svanisce colla fattane alienazione.

In conseguenza, quando il figlio a cui appartiene un credito, che nella sua persona è una proprietà convenzionale, lo abbia alienato col trasporto che ne ha fatto, questo credito perde la sua qualità di proprietà convenzionale, e gli eredi di esso figlio, del lato d' onde il detto credito procedeva, non possono pretendere cosa alcuna per questo rapporto nell' eredità del detto figlio, nella quale non trovasi più questo credito.

Questo principio soffre eccezione nel caso in cui il figlio, che ha alienato il suo credito proprio convenzionale, muoja in età minore: imperciocchè, in questo caso, gli eredi del lato d'onde procedeva la proprietà gli succedono, secondo l' *art.* 94 dello Statuto di Parigi, ne' danari provenuti dalla fattane alienazione, o nel loro rinvestimento.

ARTICOLO V.

Delle convenzioni di separazione di debiti; e della clausola di franco e libero.

350. Quantunque la clausola colla quale in un contratto di matrimonio i genitori maritando il loro figlio lo dichiarano franco e libero dai debiti, sia una convenzione, che non appartenga propriamente alla materia della comunione, e sia differentissima dalla convenzione di separazione di debiti, pure siccome alcune persone qualche volta li confondono, così abbiamo creduto opportuno, dopo aver trattato in un

primo paragrafo della separazione di debiti, di trattare in un secondo della clausola di franco e libero, onde fare meglio conoscere il rapporto e la differenza che vi ha tra queste due clausole.

§ 1. *Della convenzione di separazione di debiti.*

351. La convenzione di separazione di debiti è una convenzione colla quale le parti convengono nel loro contratto di matrimonio, che la loro comunione non sarà gravata dai debiti che ciascuna di esse ha contratto prima del matrimonio.

Questa convenzione si fa ordinariamente in questi termini: *ciascuno dei futuri conjugi pagherà separatamente i suoi debiti fatti prima del matrimonio*: dessa può farsi in qualsisia altri termini.

352. Havvi questione, se quando i conjugi nel loro contratto di matrimonio abbiano conferito per ciascuno una determinata somma o qualche corpo certo, per comporne la loro comunione, debbano i di loro debiti anteriori al matrimonio considerarsi come esclusi dalla comunione, senza che siavi bisogno di una convenzione espressa di separazione di debiti. Tale è il parere di La Thaumassière nelle sue *Questioni sullo Statuto di Berri*; io lo credo conforme ai principj. Se gli Statuti gravano la comunione dei debiti mobiliari di ciascun conjuge, anteriori al matrimonio, è perchè vi fanno entrare l' universalità de' loro beni mobili, che vengono gravati dei debiti mobili secondo i principj dello antico diritto francese; ma quando i conjugi hanno composto diversamente la loro comunione convenzionale, ed invece di conferirvi l' universalità de' loro beni mobili, non vi hanno conferito che una somma determinata o corpi certi, dovevasi allora per una ragione contraria decidere, che questa comunione non debba esser gravata dei loro debiti anteriori al matrimonio; imperciocchè i debiti non sono pesi che di un' universalità di beni e non di determinate cose: *aes alienum universi patrimonii, non certarum rerum omus est. Doctores ad l.* 50, § 1, ff. *de judic.*

Ciò deve aver luogo soprattutto quando i futuri conjugi hanno conferito una porzione eguale per ciascuno; per esempio, quando è stato detto, che per comporre la comunione i futuri conjugi vi conferirebbero per ciascuno una somma di dieci mila lire; questa somma, che ciascuno promette di conferirvi, deve intendersi di dieci mila lire effettive *nette e franche di debiti*; perchè la comunione convenzionale, in cui ciascun conjuge conferisce una somma eguale, appartiene alla classe de' contratti commutativi; e secondo la natura di tali contratti si suppone che i contraenti vi si propongano l'eguaglianza, e ciascuno di essi abbia intenzione di ricevervi tanto quanto vi conferisce; ma questa eguaglianza che si presume, che i futuri conjugi siansi proposta, sarebbe totalmente distrutta, se vi fossero conferite dieci mila lire effettive da quel conjuge che non ha debiti, mentrechè quello che deve molto, conferendo i suoi debiti colla somma che ha promessa, non conferirebbe niente o quasi niente di effettivo.

Non ostante queste ragioni, Lebrun, *lib.* 2, *cap.* 3, *n.* 6, è di parere contrario; egli imprende a confutare l'opinione di Thaumassière. I raziocinj, ch' egli impiega per ciò, mi sembrano cattivi, e mi pare che non racchiudano, se non petizioni di principio. Egli dice in primo luogo: *che la collazione non regola i debiti, nè i debiti la collazione.* Non s' intende troppo quel ch'ei voglia dire con ciò; ma se egli vuol dire che per decidere se la comunione debba essere gravata dai debiti de' conjugi anteriori al matrimonio, non si deve considerare di quali cose sia composta la collazione, se ella sia composta di una universalità di beni, che racchiude il peso dei debiti, o di una determinata somma o di corpi certi che non racchiudono quest' obbligo, si pone per massima ciò che precisamente fa l' oggetto della questione e per conseguenza una petizione di principio.

Ei dice in secondo luogo: *che tutti i debiti mobiliari in qualsisia tempo*

creati sono a carico della comunione se non vi è stipulazione contraria. Questa è ancora una petizione di principio; imperciocchè, trattasi precisamente, se una comunione, in cui i conjugi non hanno conferito per ciascuno che una somma determinata e non l' universalità de' mobili, sia gravata de' loro debiti mobiliari anteriori al matrimonio, quantunque non siavi convenzione espressa che gli escluda.

Egli dice, in terzo luogo, *che la collazione eguale non impedisce che non vi sia ordinariamente un' industria ineguale e debiti ineguali, i quali non sono riputati rompere l'eguaglianza di tale collazione.* Egli vuol dire che quando due conjugi promettono di conferire per ciascuno una somma eguale, *puta*, di dieci mila lire per cadauno, quantunque uno di essi gravi la comunione più dell' altro co' suoi debiti, pure convien dire, che, riguardo alla somma che hanno promesso di conferirvi per cadauno, l'hanno conferita in parti eguali, poichè vi è stata conferita una medesima somma tanto da una parte quanto dall' altra; nel modo stesso che quando uno di essi ha maggiore industria, quantunque colla sua industria vi conferisca realmente più dell' altro, pure, conferendovi una somma eguale, la collazione viene riputata eguale. Io rispondo, che l' ineguaglianza d' industria è mal a proposito paragonata coll' ineguaglianza di debiti.

Allorchè due conjugi promettono di conferire per cadauno una determinata somma nella comunione, *puta*, di dieci mila lire, non trattasi tra di essi della loro industria, ciascuno si obbliga di conferire una somma effettiva di dieci mila lire, e quegli, che ha minore industria, non soddisfa meno alla sua obbligazione di quello, che ne ha di più, conferendo, come esso, le dieci mila lire, ch' egli ha di netto franco di debiti; ma quando due conjugi futuri, l' uno de' quali sia debitore di molto e l' altro di niente, hanno promesso di conferire per ciascuno dieci mila lire, quegli, che è debitore di molto, conferendo dieci mila lire gravate di debiti, che ammontano, *puta*, ad otto mila, non conferisce una somma effettiva di dieci mila lire, che ha promesso, come le conferisce quegli, che non ha debiti; imperciocchè egli non conferisce realmente ed effettivamente, che due mila lire; le otto mila, ch' egli conferisce nella comunione, non sono conferite effettivamente, ma solo per cavarnele per pagare i debiti.

Noi abbiamo due questioni principali sulla convenzione di separazione di debiti. La prima è di sapere quali sieno i debiti compresi in questa convenzione; la seconda, quale sia l' effetto di questa convenzione, tanto riguardo ai conjugi tra di loro, quanto rapporto ai creditori.

Questione Prima.

Quali debiti sieno compresi nella convenzione di separazione di debiti.

353. I debiti compresi nella convenzione di separazione di debiti, sono quelli contratti da' conjugi prima del matrimonio.

Tale convenzione comprende non solo i debiti de' quali ciascun conjuge era debitore verso terze persone, ma ancora quelli de' quali un conjuge era debitore verso l' altro. Per esempio, se Pietro sposa Maria, la quale era di lui debitrice di cinquecento lire, nè siavi realizzazione del credito di Pietro, nè separazione di debiti, entrando questo debito nella comunione, tanto in attivo quanto in passivo, si farà confusione ed estinzione totale; ma se vi sarà separazione di debiti, non si farà confusione di questo debito, senonchè nel tempo dello scioglimento della comunione, per la metà, che avranno nella comunione Maria o i di lei eredi, i quali continueranno ad esser debitori dell' altra metà del debito verso Pietro o i di lui eredi: se Maria rinuncia alla comunione, essa continuerà ad esserne debitrice pel totale.

Vice versa. Se Pietro fosse stato debitore di questa somma verso Maria quando egli l' ha sposata, la separazione dei debiti avrà questo effetto, che nel tempo dello scioglimento della comunione Pietro continuerà ad esserne debitore verso Maria e i di lei eredi per la parte, che avranno nella comunione. Se Maria in virtù di una clau-

sola del suo contratto di matrimonio ripigliasse ciò che vi ha conferito, rinunciando alla comunione, Pietro continuerebbe ad esser debitore verso di lei della totalità di questa somma.

354. I debiti anteriori al matrimonio, che sono esclusi dalla comunione in forza della clausola di separazione di debiti, sono quelli che ciascun conjuge ha contratti prima del matrimonio. Quindi un debito contratto da un conjuge prima del matrimonio è compreso nella separazione di debiti, quantunque sia stato contratto sotto una condizione, che siasi effettuata dopo il matrimonio. A più forte ragione deve esservi compreso quello, che fosse stato contratto prima del matrimonio senza condizione, quantunque non sia avvenuto il pagamento che dopo il matrimonio.

355. Per la stessa ragione i debiti contratti prima del matrimonio sono compresi nella separazione di debiti, quantunque non sono stati liquidati, che dopo il matrimonio. In conseguenza allorchè un conjuge, durante il matrimonio, sia stato condannato in una determinata somma a favore di qualcuno, per riparazione civile di un delitto commesso prima del matrimonio; questa riparazione aggiudicata dalla sentenza, ancorchè emanata durante il matrimonio, è compresa nella convenzione di separazione di debiti, perchè è un debito anteriore al matrimonio: la sentenza non ha fatto che liquidarlo; esso è stato contratto pel delitto commesso prima del matrimonio.

356. Vi è maggior difficoltà per una multa in cui sia stato condannato uno dei conjugi, durante il matrimonio; imperciocchè egli ne diventa debitore soltanto in forza della sentenza di condanna. Dal che sembra doversi dedurre, che questo debito non sia anteriore al matrimonio, nè per conseguenza compreso nella convenzione di separazione di debiti; non ostante ciò Lebrun decide che vi è compreso. Si può dire, in favore del suo parere, che il debito della multa, cui è stato condannato il conjuge durante il matrimonio per un delitto commesso prima, aveva in questo delitto un germe anteriore al matrimonio; questo germe sarebbe perito, se il conjuge fosse morto prima che fosse intervenuto contro di lui alcuna condanna; ma la condanna, che è avvenuta, ha fatto schiudere questo germe; e per ragione di questo germe anteriore al matrimonio il debito di questa multa può esser considerato come avente un principio anteriore, e per conseguenza come un debito anteriore al matrimonio, compreso nella convenzione di separazione di debiti.

357. Quando un marito ha intrapreso ed incominciato prima del matrimonio una lite, che abbia durato fin dopo contratto il matrimonio, e nella quale, durante il matrimonio, sia intervenuta una sentenza, che la condanni alle spese, il debito delle spese fatte dalla parte avversa dopo il matrimonio, che esso viene condannato a rimborsare, è egli compreso nella convenzione di separazione di debiti? La ragione di dubitare è, che non avendo questo marito potuto esser debitore del rimborso delle spese fatte dalla parte avversa a favore di cui è stato condannato, prima che esse fossero fatte, così il debito di quelle, che sono state fatte dopo il matrimonio, non può esser anteriore allo stesso matrimonio. La ragione di decidere che questo debito deve cosiderarsi come un debito anteriore al matrimonio, ed in conseguenza compreso nella convenzione di separazione di debiti, è che quantunque il debito sia nato durante il matrimonio, è però nato da una causa anteriore ad esso, cioè dalla contestazione temeraria, che questo uomo ha fatto intraprendendo la lite; lo che basta acciocchè questo debito sia considerato come anteriore al matrimonio e compreso nella clausola di separazione di debiti.

Lo stesso è del debito delle spese, ch' ei deve rimborsare al suo procuratore; quelle, che sono state fatte dopo il matrimonio, sono un debito anteriore allo stesso matrimonio, avendo per causa il mandato, che egli ha dato al suo procuratore di proseguire la lite quando l' ha intrapresa.

Quid, se avesse cambiato procuratore dopo il matrimonio e nel corso della procedura? Il debito delle spese fatte da questo nuovo procuratore, quantunque procedente da un manda-

to contratto durante il matrimonio, avendo per causa originaria la procedura intrapresa prima di esso, pure può considerarsi come un debito la di cui causa sia anteriore al matrimonio, e per conseguenza come un debito anteriore al matrimonio, compreso nella convenzione di separazione di debiti: diversamente sarebbe in potere del marito di far sostenere le spese di una procedura nella quale egli era inviluppato prima del suo matrimonio, cambiando procuratore.

Osservate, che non vi sono se non le spese fatte nelle contestazioni istituite prima del matrimonio, le quali sieno comprese nella convenzione di separazione di debiti; ma se il marito, dopo il matrimonio, e nel corso della procedura, abbia fatto domande incidenti, o ne sieno state fatte contro di lui, allora le spese fatte sopra queste domande incidenti, alle quali fosse condannato verso la parte avversa, sono a carico della comunione, come pure quelle fatte dal suo procuratore.

Se la moglie era impegnata in una lite prima del matrimonio, ed il marito abbia poscia riassunto la procedura, allora saranno comprese nella separazione di debiti soltanto le spese fatte prima del matrimonio; e quelle fatte in seguito nella ripresa della procedura, nelle quali fosse stato condannato il marito, come pure quelle fatte dal suo procuratore, che ha per esso rinnovato l' azione, sono debiti della comunione, poichè sono stati contratti essa durante per riassumere la procedura.

Ma se sul rifiuto del marito di riassumere la lite, ne fosse stata la moglie autorizzata dal giudice, allora la comunione non sarà tenuta per le condanne avvenute contro la moglie, secondo le massime stabilite *infra, part.* 2.

358. Se prima del mio matrimonio io abbia ordinato ad un appaltatore di costruire una fabbrica per giovare ad un ospedale, che ne aveva bisogno, quantunque non sia stata costrutta che dopo il mio matrimonio, pure il prezzo, ch' io ne devo a questo appaltatore, sarà compreso nella separazione di debiti; imperciocchè procedendo questo debito dalla convenzione, che io ho avuto prima del mio matrimonio, esso ha una causa anteriore al matrimonio stesso. Ma se dopo il mio matrimonio egli avesse fatto degli aumenti per mio ordine, il prezzo di questi aumenti sarebbe un debito della comunione, poichè l' ordine di farli è stato dato essa durante.

359. Se, prima del mio matrimonio, io fossi stato incaricato di una tutela o di qualche altra amministrazione pubblica o particolare, che io avessi continuato dopo il matrimonio, il residuo del mio conto non sarà compreso nella separazione di beni, se non in ragione degli articoli de' quali io era debitore prima del matrimonio; ma ciò di cui io sono debitore per ciò che ho ricevuto dopo il matrimonio, o pe' falli commessi nella mia gestione, è un debito di comunione.

360. Quantunque i debiti mobiliari di ciascun conjuge anteriori al matrimonio sieno esclusi dalla comunione colla clausola di separazione di debiti, pure gl' interessi di questi debiti, come anco le annualità delle rendite, sieno prediali, sieno costituite, sieno perpetue, sieno vitalizie, dovute da cadaun conjuge, sebbene costituite prima del matrimonio, sono pesi della comunione per tutto il tempo, che essa ha durato; perchè gl' interessi ed annualità sono debiti naturali delle rendite dei beni di ciascun conjuge, i quali cadono nella comunione, e la diminuiscono di pieno diritto, imperciocchè non v' ha rendita effettiva se non in ciò che resta, deduzion fatta degl' interessi ed annualità dovute.

Riguardo agli interessi ed annualità decorse prima e fino al giorno del matrimonio, sono compresi nella convenzione di separazione di debiti, e la comunione non ne è tenuta più che lo sarebbe di quelli decorsi dopo lo scioglimento della comunione: si computano, a tale effetto, gl' interessi e le annualità di giorno in giorno.

Quelli che sono decorsi dopo il matrimonio e durante la comunione, sono talmente un peso di essa, che Lebrun, *lib.* 2, *cap.* 3, *sez.* 4, *n.* 10, ha detto che non potrebbero esserne esclusi nemmeno con una convenzione espressa fatta nel contratto di matrimonio; ma io credo ch' egli vada trop-

po lungi. Quantunque questa convenzione sia insolita, io non vedo cosa che le impedisca di esser valida.

Quantunque gl' interessi e le annualità decorse, durante il matrimonio, si reputino non essere state comprese nella convenzione di separazione di debiti, perchè sono un peso delle rendite; nonostante, la comunione n' è intieramente gravata, quando anche essi eccedessero le rendite. Basta per ciò, che le parti, le quali non ne hanno fatto un compenso colle rendite quando sonosi maritate, sieno riputate non avere avuto intenzione di comprenderle nella loro convenzione di separazione di debiti.

Questione II.

Qual sia l' effetto della convenzione di separazione di debiti, tanto riguardo a' conjugi tra di loro, quanto riguardo a' loro creditori.

361. L' effetto, che ha la convenzione di separazione di debiti riguardo a' conjugi tra di loro, è, che se i debiti esclusi dalla comunione, con questa convenzione, sono stati pagati coi danari comuni, il conjuge, che ne era debitore, o i di lui eredi, devono compensarne la comunione al tempo, che essa si discioglie. Noi tratteremo di questo compenso *infra, part.* 4.

362. Riguardo a' creditori, la convenzione di separazione di debiti non può impedire i creditori della moglie di domandare al marito, durante la comunione, il pagamento dei debiti della moglie, quantunque esclusi dalla comunione; meno che egli non sia in caso di opporre ad essi un inventario dei beni mobili di sua moglie, che gli sono pervenuti, e di tenergliene conto.

Tale è la disposizione dell' *art.* 222 dello Statuto di Parigi, che è concepito in questi termini: « E quando siavi intervenuta una convenzione tra i due conjugi, che pagherebbero separatamente i loro debiti fatti prima del matrimonio, ciò non ostante essi ne saranno tenuti, quando non vi sia inventario fatto prima, nel qual caso rimangono liberi, rappresentando l'inventario o la stima di esso ».

Questa disposizione è stata copiata colle stesse parole nel nostro Statuto di Orleans, *art.* 212; essa deve avere luogo negli Statuti, che non ne hanno fatta parola, essendo stata inserita nello Statuto di Parigi in tempo della sua riforma formata sulla giurisprudenza, che si osservava allora.

365. Lo Statuto esige due cose dal marito perchè egli possa dispensarsi dal pagare i debiti di sua moglie anteriori al suo matrimonio, quantunque esclusi dalla comunione con una convenzione di separazione di debiti.

1.° Esige, che sia fatto un inventario de' beni mobili della moglie, che essa gli ha dato in dote.

Il futuro conjuge deve far questo inventario colla sua futura moglie, prima del matrimonio. Ciò risulta da queste parole, *quando non vi sia inventario fatto* PRIMA.

Questo inventario deve pure essere fatto innanzi notajo: o se è stato fatto con privata scrittura, bisogna che sia stato riconosciuto con un atto fatto da notajo prima della celebrazione del matrimonio, per renderne certa la data.

Quando il contratto descriva particolarmente i beni mobili, che la moglie ha portato in dote, esso tien luogo di questo inventario.

I conti resi ad una moglie, sebbene dopo il matrimonio, possono tenere luogo di questo inventario, quando quegli che gli ha resi abbia amministrato i suoi beni fino al tempo del di lei matrimonio.

Il marito deve comprendere in questo inventario tutti i beni *mobili*, che la moglie ha recato in dote, senza alcuna eccezione, tanto riguardo a quelli che ha messo in comunione, quanto a quelli, che ha realizzati con una stipulazione di proprietà.

Vi è qualche particolarità pel caso in cui una vedova debitrice di un conto di tutela verso i suoi figli di un primo matrimonio, ne contragga un secondo colla convenzione di separazione di debiti. Colla decisione in forma di regolamento del 14 marzo 1731, la corte ha ordinato, che in questo caso, tanto se vi sia comunione stipulata (colla clausola di separazione di debiti), quanto se vi sia e-

sclusione di comunione, l'inventario non sarà riputato valido, se non è fatto prima del matrimonio innanzi notajo ed un tutore nominato per tale oggetto dal giudice, sopra proposta dei parenti de'figli a'quali esso conto deve esser reso; non osservandosi queste formalità, il secondo marito è tenuto solidalmente con sua moglie pel conto di tutela verso i figli, non ostante la clausola di separazione di debiti, o l'esclusione della comunione, salvo il suo regresso contro sua moglie.

364. La seconda cosa che lo Statuto esige è, che sulla domanda de' creditori della moglie esso loro ne presenti l'inventario o la stima: esso dice: *egli viene liberato presentando l'inventario o la stima di esso*, cioè egli deve abbandonar ai detti creditori i beni compresi nell'inventario, ch' ei deve loro in natura, se sono esistenti, perchè possano i detti creditori pagarsi dei loro crediti sui detti beni; e riguardo a quelli, che non si trovano più in natura, esso deve tener loro conto del prezzo, che ne ha ricevuto o che ha da ricevere, e dell' impiego, ch' egli ne ha fatto per pagare i debiti di sua moglie; e se gli resta fra le mani qualche cosa del prezzo dei detti mobili deve restituirla loro.

Non importa che i detti beni sieno stati realizzati con una stipulazione di proprietà; il marito non deve meno esibirli a' creditori, se si trovano in natura, o tener conto del prezzo, se non si trovano; la realizzazione, che ne è stata fatta, non ha alcun effetto riguardo a'creditori, e non impedisce che si possa sequestrar i detti beni come ogni altra specie di mobili.

Non importa nemmeno che sieno stati conferiti sotto il nome di dote, e che non vi rimangano altri beni per sostenere i pesi del matrimonio, poichè lo Statuto non fa alcuna distinzione.

Il marito deve pure tener conto ai creditori de'beni mobili, che fossero pervenuti a sua moglie dopo il matrimonio, come di quelli compresi nello inventario.

Riguardo a'frutti de'beni della moglie, che il marito ha percepiti durante il matrimonio fino alla domanda dei creditori, egli non è obbligato di renderne conto, venendo riputato averli consumati di buona fede *ad sustinenda onera matrimonii*.

Rimane da osservare che non si può agire contro il marito, se non durante la comunione, pe'debiti di sua moglie, quantunque esclusi dalla comunione con una convenzione di separazione di debiti, allorchè non presenti l'inventario; dopo lo scioglimento della comunione, i creditori della moglie non possono più domandare al marito il pagamento de'loro crediti: essi non hanno contro di lui che il mezzo del sequestro di ciò, che potrebbe essere da lui dovuto alla moglie loro debitrice.

§ 2. *Della clausola di franco e libero.*

365. La clausola di franco e libero è una convenzione con cui i parenti di uno de' futuri conjugi garentiscono verso l' altro, che ei non ha debiti.

Sono ordinariamente i parenti del marito, che garentiscono ch' egli è franco e libero di debiti.

Essi si obbligano con questa convenzione verso la moglie *in id quanti ejus interest*, che il marito sia tale quale essi l'hanno assicurato, cioè, esente dai debiti; perciò nel caso in cui non si fosse trovato tale, si obbligano di indennizzare la moglie del pregiudizio, ch'essa avesse avuto pe'debiti di suo marito anteriori al matrimonio.

366. I detti debiti possono cagionare due specie di pregiudizj alla moglie: il primo e principale è rapporto alla sua dote, al suo vedovile ed alle altre convenzioni matrimoniali in caso d' insolvibilità del marito, su'beni del quale dessa non fosse utilmente graduata pe'suoi crediti, come lo sarebbe stata se non vi fossero stati debiti.

La seconda specie di pregiudizio che i detti debiti possono cagionare alla moglie, è quello che risulta da ciò che la di lei parte nella comunione sarebbe stata maggiore, se non fosse stata diminuita dai detti debiti.

Havvi questione tra gli autori, se i parenti avendo dichiarato franco e libero di debiti il loro figlio maritandolo, debbasi credere che sieno obbligati verso la moglie d'indennizzarla di queste due specie di pregiudizio, o solamente della prima.

Renusson, *Trattato della* Comunio-

ne, part. 1, *cap.* 11, *n.* 26, crede che questa clausola racchiuda l'obbligazione d'indennizzare la moglie di queste due specie di pregiudizio. Al contrario Lebrun nel suo *Trattato della Comunione, lib.* 2, *cap.* 3, *sez.* 3, *n.* 41 e 42, pensa che questa convenzione non si estenda alla specie di pregiudizio, che la moglie potrebbe avere rapporto alla comunione, e che con questa convenzione si reputi che le parti non abbiano avuto altro oggetto, che quello di indennizzare la moglie del pregiudizio che i debiti anteriori al matrimonio potrebbero arrecare alla sicurezza dei di lei crediti.

L'opinione di Lebrun sembra quella che l'uso ha adottata; ed i genitori, i quali, maritando il loro figlio, lo dichiarano franco e libero dai debiti, non contraggono altra obbligazione, se non quella d' indennizzare la moglie della somma, per la quale i debiti del marito, anteriori al matrimonio, impedirebbero ch' ella non potesse essere utilmente collocata, pel pagamento de'suoi crediti, sopra i beni del detto suo marito.

367. Ciò verrà dilucidato co'seguenti esempj:

Esempio primo. Io suppongo che, dopo la dissoluzione della comunione, sieno stati escussi i beni del marito; il prezzo de' mobili, che erano in piccola quantità, non ha servito che a pagare i debiti privilegiati su i mobili. Il prezzo degli stabili, dedotte le spese, ammonta a 20,000 lire. Sonosi trovati de' crediti ipotecarj anteriori al matrimonio per 20,000; perlochè la moglie, creditrice di 40,000 lire, non ha potuto avere cosa alcuna su la somma delle 20,000 lire, che avrebbe avuto, se non vi fossero stati debiti anteriori al matrimonio; questi debiti adunque le fanno un pregiudizio di lire 20,000. Quindi i parenti del di lei marito, che l' hanno dichiarato libero e scevro da debiti, devono pagare alla moglie, per indennizzarla, la somma di 20,000 lire a cui ammonta il pregiudizio che i debiti anteriori le fanno.

Esempio secondo. Ora io suppongo che i beni del marito, dichiarato libero e franco, non consistano che in mobili; non essendo più i mobili suscettibili di ipoteca, e distribuendosene il prezzo per contributo fra tutti i creditori, io suppongo che i mobili, dedotte le spese, non abbiano prodotto che 10,000 lire, sopra le quali vi sieno da pagare 100 m. lire di debito, cioè 40,000 pe'crediti della moglie, 40,000 pe'debiti posteriori al matrimonio, e 20,000 per debiti ad esso anteriori: i crediti anteriori al matrimonio sono stati collocati per 20,000; senza questi crediti, vi sarebbero 2,000 lire da distribuire tra la moglie che ne avrebbe avuto 1,000, e i creditori posteriori al matrimonio, che avrebbero avuto le altre 1,000; dunque i creditori anteriori al matrimonio in questo caso fanno un pregiudizio di 1,000 lire alla moglie; e i parenti, che lo hanno dichiarato libero e franco, devono per ciò pagare alla moglie una somma di 1,000 lire per indennizzarla.

Osservate che nella distribuzione del mobiliare del marito, che è stato dichiarato libero e franco, non devonsi ordinariamente comprendere i debiti chirografarj del marito fra i suoi debiti anteriori al matrimonio, da' quali la moglie deve essere garentita; imperciocchè la di loro data non può fare contro terze persone una fede sufficiente del tempo in cui sono stati contratti. Vedi *Trattato delle Obbligazioni, n.* 750.

368. Quando la moglie, dopo lo scioglimento della comunione, ha trovato ne' beni di suo marito di che essere totalmente pagata de'suoi crediti, l'obbligazione de'parenti del marito, che l' hanno dichiarato libero e franco, non ha più luogo. Non basta però, che la di lei dote sia stata restituita intieramente; ma bisogna, che ella sia stata intieramente soddisfatta di tutte le sue convenzioni e generalmente di tutti i crediti, ch'ella ha contro suo marito

369. Lebrun, *lib.* 3, *cap.* 2, *sez.* 2, *d.* 6, *n.* 19, ne eccettua il credito, che la moglie ha contro suo marito per la indennità delle obbligazioni da essa contratte per lui, durante il matrimonio. Io durerei fatica ad ammettere questa eccezione: i parenti, dichiarando il loro figlio libero e franco di debiti, si obbligano verso la moglie *in id quanti ejus interest*, che il di lei marito sia stato

tale, come glielo hanno dichiarato; ora l'interesse, che ha la moglie, che il di lei marito sia stato tale, non si estende meno alla di lei indennità, che agli altri crediti di lei; avendo interesse che i debiti anteriori di suo marito non le impediscano di trovare nei di lui beni di che pagarsi de'suoi crediti d'indennità, come di tutti gli altri.

Si oppone, che la moglie non è ammessa a querelarsi di non aver potuto esser pagata del suo credito d'indennità sopra i beni di suo marito; che essa soffre questa perdita per di lei colpa; che avendo potuto non obbligarsi per suo marito, ella deve imputare a se stessa di averlo fatto. La moglie risponde, ch'essa non si è obbligata per suo marito, se non perchè contava di poter essere indennizzata sopra i beni di lui, quale essa credeva libero e franco da debiti anteriori al matrimonio, come ne era stata assicurata; che quelli che l'hanno assicurata l'hanno indotta in errore, e devono perciò essere obbligati d'indennizzarla del pregiudizio cagionatole dai debiti anteriori di suo marito, i quali hanno impedito ch'essa sia pagata su' beni di lui sopra i quali contava, e su i quali avrebbe effettivamente trovato di che esser pagata, se non vi fossero stati i detti debiti.

Migliori non sono gli altri mezzi, che Lebrun impiega per appoggiare la sua opinione. *La ragione è*, dice egli, *che con questa clausola l'ascendente non garentisce le convenzioni della moglie di suo figlio, se non contro i debiti anteriori al matrimonio e non contro i posteriori.*

La risposta è, che si accorda che i parenti, i quali hanno dichiarato libero e franco il loro figlio, non garentiscono la moglie, se non dai debiti di suo marito anteriori al matrimonio; e per conseguenza, se non ve n'ha, essi hanno adempito alla loro obbligazione, e non sono in questo caso tenuti della perdita, che la moglie ha sofferto per debiti posteriori al matrimonio, obbligandosi per suo marito; ma col garentire la moglie dai debiti di suo marito anteriori al matrimonio, essi non si obbligano d'indennizzarla di ogni pregiudizio, che i detti debiti anteriori al matrimonio le hanno cagionato, impedendo ch'ella potesse esser pagata sopra i beni di suo marito per l'indennità delle obbligazioni, che ha contratte dopo il matrimonio.

Il secondo mezzo di Lebrun, è quello di dire, *che sarebbe in potere dei conjugi di rovinare l'ascendente.* Ciò è falso; imperciocchè, quantunque il marito possa, dopo il suo matrimonio, contrarre immensi debiti, e la moglie possa obbligarsi per lui per debiti immensi, nondimeno i parenti del marito, che lo hanno dichiarato libero e franco, non sono con questa clausola obbligati *in immensum*, non potendo esserlo, che fino alla concorrenza dei debiti anteriori al matrimonio, e della somma per la quale i creditori anteriori al matrimonio saranno stati utilmente collocati sopra i beni del marito.

370. Da tutto ciò che abbiamo esposto intorno alla clausola con cui i parenti del marito lo dichiarano libero e sciolto dai debiti, risulta, che questa convenzione è totalmente differente dalla convenzione di debiti.

1.° La convenzione di separazione di debiti è una convenzione, che interviene tra i due futuri conjugi; allo opposto la clausola di libero e franco è una convenzione, che non interviene tra i futuri conjugi, ma tra la moglie e i parenti del marito, che lo dichiarano tale; non v'hanno con questa convenzione che i detti parenti, i quali contraggano una obbligazione verso la moglie, mentre l'uomo, che si è ammogliato libero e franco, non ne contrae alcuna, nè è riputato essere a parte della convenzione.

371. 2.° La convenzione di separazione di debiti concerne la comunione di beni, che deve esservi tra i futuri conjugi: essa ha per oggetto di escluderne il peso de' loro debiti anteriori al matrimonio; ciascuno di essi si obbliga reciprocamente d'indennizzare la comunione di ciò, che ne fosse preso per pagare i debiti anteriori al matrimonio. All'opposto la clausola colla quale i parenti del futuro conjuge lo dichiarano libero e franco, non concerne la comunione di beni, che deve esservi tra i futuri conjugi:

essa può intervenire in un contratto di matrimonio in cui vi fosse esclusione di comunione, ed essendovi comunione, questa clausola non ha per oggetto di escluderne il peso dei debiti del futuro conjuge, anteriori al matrimonio: l'unico oggetto di essa è, che i detti debiti non impediscano alla moglie di potere essere pagata sopra i beni di suo marito, come lo abbiamo spiegato.

372. La clausola colla quale i parenti dichiarano il loro figlio libero e franco è pure differentissima da quella con cui i parenti promettessero di pagare i di lui debiti anteriori al matrimonio e liberarnelo; imperocchè nella clausola con la quale i parenti dichiarano il loro figlio libero e franco, essi non si obbligano di pagare i di lui debiti, ma solamente d' indennizzare la moglie di ciò, che ella non ha potuto avere in pagamento dei suoi crediti sopra i beni di suo marito, rapporto ai creditori anteriori di esso, che sono stati graduati prima di lei: se il marito non avesse lasciato beni sopra i quali la moglie avesse potuto esser pagata, quando anche vi fossero crediti anteriori a' suoi, pure i parenti del marito, che lo hanno dichiarato libero dai debiti, non saranno obbligati verso la moglie per cosa alcuna. In ciò questa clausola differisce da quella, colla quale i parenti del marito si fossero costituiti fidejussori verso la moglie della restituzione della dote e delle sue convenzioni matrimoniali: imperciocchè con questa cauzione i parenti si obbligano verso la moglie di pagarle intieramente tutto ciò di cui essa non avrà potuto esser pagata sopra i beni di suo marito; mentrechè colla clausola di libero e franco essi non si obbligano di pagarnela, se non fino alla concorrenza della somma per la quale i creditori del marito anteriori al matrimonio fossero stati utilmente collocati sopra i di lui beni.

373. Quando sieno i parenti della moglie, che la dichiarano libera dai debiti (il che avviene rarissime volte) se nel contratto di matrimonio la figlia avesse donato a suo marito, in caso di sopravvivenza, una certa somma da prendersi sopra i di lei beni, la clausola potrebbe intendersi allo stesso modo, in questo senso, che i parenti di essa si sieno obbligati con questa clausola ad indennizzare il marito di ciò di cui i creditori di sua moglie anteriori al matrimonio, che fossero stati utilmente collocati ne'beni di lei, avessero impedito, ch' egli non avesse potuto esser pagato sopra i detti beni della somma compresa nella donazione, che gliene è stata da essa fatta.

Ma quando la moglie dichiarata libera e franca dai debiti non ha fatto donazione alcuna al di lei marito, non potendo in questo caso il marito avere alcun credito contro sua moglie, non può aver altro interesse, che sua moglie sia libera e franca dai debiti, se non quello, che i debiti anteriori al suo matrimonio non diminuiscano la sua comunione colle somme, che bisognerebbe prenderne per pagare tanto i capitali quanto gl' interessi: i parenti della moglie adunque con questa convenzione non si obbligano verso il di lei marito, che a pagare tutti i debiti della moglie anteriori al matrimonio a discarico della sua comunione. Se i debiti fossero esclusi dalla comunione con una clausola di separazione di debiti, si riputerebbe, che i parenti siensi obbligati di liberare la comunione dagl' interessi dei detti debiti decorsi dopo il matrimonio, e parimenti dalle annualità delle rendite costituite, dovute dalla moglie prima del suo matrimonio e decorse dopo. Così insegna Lebrun nel suo *Trattato della Comunione*, *l.* 2, *c.* 3, *sezione* 3, *n.* 50.

374. La garentia de'debiti della moglie dichiarata libera e franca, comprende quelli de'quali essa era debitrice verso i suoi parenti, che l' hanno dichiarata tale, come pure quelli de'quali essa era debitrice verso altre persone. Lebrun, nel luogo citato, fa de'lunghi raziocinj per provare questa proposizione, la quale è evidente per se stessa, e cita inutilmente de' testi di diritto, che non hanno alcuna applicazione alla questione.

Quindi egli decide, che una madre la quale, maritando sua figlia, la dichiara libera dai debiti, venga riputata cederle il vedovile da essa dovu-

tole. Io credo, che quando tale assegno consiste in una rendita annua, la clausola non si estenda se non alla liberazione dalle annualità dell' assegno, che decorrono fino al tempo dello scioglimento della comunione, nè si estenda a quelle, che decorreranno dopo, che sia sciolta la comunione. La ragione è, che questa clausola è una convenzione intervenuta tra i parenti della moglie, che l' hanno dichiarata libera e franca, ed il marito; quindi l' obbligazione contratta con questa clausola non è contratta se non in favore del marito, nè può per conseguenza estendersi se non alle annualità dalle quali il marito ha interesse di liberarsi; ora il marito ha interesse di liberarsi dalle annualità, che decorreranno fino allo scioglimento della comunione, perchè essa comunione ne sarebbe gravata, ma non ne ha alcuno di liberarsi da quelle, che decorrono dopo, ch' essa sia sciolta.

375. La clausola colla quale i parenti della moglie dichiarano ch' essa è libera dai debiti anteriori al matrimonio, differisce dalla convenzione di separazione di debiti.

1. Questa è una convenzione, che interviene tra i futuri conjugi; quella colla quale i parenti dichiarano la donna libera e franca interviene tra i detti parenti della donna e l' uomo, che la deve sposare.

2. La condizione di separazione di debiti non comprende se non i capitali dovuti da ciascun conjuge prima del matrimonio: essa non impedisce, che la comunione sia gravata di tutti gl' interessi de' detti capitali, che decorreranno finchè essa durerà, come pure delle annualità delle rendite dovute da ciascun conjuge, che decorreranno pel detto tempo; ma la clausola colla quale i parenti della donna l' hanno dichiarata libera dai debiti, gli obbliga a liberare la comunione anche dagli interessi delle somme e delle annualità delle rendite dovute dalla moglie prima del suo matrimonio, e decorse durante la comunione come lo abbiamo veduto.

376. La clausola con cui i parenti della donna la dichiarano libera da debiti, essendo una convenzione, che interviene tra i detti parenti e quello che deve sposarla, ed alla qual convenzione la donna non partecipa, ne viene che se il marito non ha potuto farsi indennizzare da' parenti della moglie, divenuti non solventi, delle somme prese dalla comunione per pagare i debiti della moglie anteriori al matrimonio, il marito o i di lui eredi non avranno alcuna azione d' indennità contro la moglie, la quale non fosse erede de' suoi parenti, che l' hanno dichiarata libera da debiti; meno che, oltre questa clausola, non vi fosse una convenzione di separazione di debiti: nel qual caso il marito avrebbe bensì, in forza di tale convenzione, un' azione contro sua moglie pe' capitali da essa dovuti prima del matrimonio, e pagati coi danari comuni; ma non ne avrebbe alcuna per gl' interessi de' detti capitali e per le annualità delle rendite; egli non ha azione se non contro i parenti di sua moglie, che l' hanno dichiarata libera da debiti, e contro la loro eredità.

377. La clausola, colla quale i parenti della moglie la dichiarano libera dai debiti, differisce da quella colla quale essi si obbligano formalmente di pagare i di lei debiti anteriori al matrimonio; essi si obbligano in questo secondo caso, tanto verso la loro figlia, quanto verso colui che deve sposarla; in questo caso essi fanno alla loro figlia una donazione della somma a cui ammontano i debiti di lei, la qual somma fa parte della dote, che le danno. Quindi in questo secondo caso, lungi che i parenti possano avere azione contro la loro figlia, dopo la dissoluzione della comunione, pe' debiti, che essi hanno pagati, la figlia anzi ha contro di essi azione perchè sieno obbligati a pagarli quando ciò non fosse ancor fatto.

Al contrario, allorchè i parenti della moglie l' hanno semplicemente dichiarata libera dai debiti, essendo questa clausola una convenzione, che non interviene se non tra i parenti della donna e colui, che deve sposarla, ed in cui la donna non è a parte, così i parenti della donna in questo caso non contraggono obbligazione se non verso il marito, e non garentiscono, che lui solo dai debiti di sua moglie anteriori al matrimonio; quindi i paren-

ti della moglie i quali, in conseguenza dell' obbligazione contratta col loro genero, hanno pagato i debiti della moglie anteriori al matrimonio, hanno, dopo la dissoluzione della comunione, l' azione *negotiorum gestorum* contro la loro figlia, per ripetere da essa le somme da loro pagate pei di lei debiti, purchè però l' azione non reagisca contro il loro genero o i di lui eredi.

Posto ciò, allorchè nel contratto di matrimonio vi è una convenzione di separazione di debiti tra i futuri conjugi, oltre la clausola con cui i parenti l' hanno dichiarata libera da debiti, allora i parenti della moglie, i quali in esecuzione della loro obbligazione verso il genero, hanno pagato de' capitali dovuti dalla loro figlia prima del matrimonio, possono ripeterli da essa dopo sciolta la comunione, *actione negotiorum gestorum*, non potendo in questo caso l' azione reagire nè contro il marito nè contro i di lui eredi; poichè la comunione, mediante la separazione di debiti, non è tenuta dei debiti della moglie.

Ma se nel contratto di matrimonio non vi fosse separazione di debiti, in questo caso i debiti della moglie anteriori al matrimonio essendo caduti nella comunione, i parenti della moglie, i quali in esecuzione della loro obbligazione verso il genero gli hanno pagati, non possono ripeterli contro la di loro figlia la quale abbia rinunziato alla comunione; perchè in questo caso, l'azione reagirebbe contro il marito o i di lui eredi i quali ne sono garanti; perchè la moglie mediante la sua rinunzia ha azione contro il marito o i di lui eredi per essere liberata da tutti i debiti della comunione, ed in conseguenza da' suoi, i quali per mancanza di separazione di debiti, sono divenuti debiti della comunione.

Se la moglie avesse accettato la comunione, i suoi parenti potrebbero da essa ripetere la metà della somma, che hanno pagato pe' di lei debiti; non potendo in tal caso la loro azione per questa metà reagire contro il marito o i di lui eredi; poichè sua moglie in qualità di comune, è debitrice per metà, senza regresso, dei debiti della comunione.

378. La clausola colla quale i parenti della moglie la dichiarano libera dei debiti, può aver luogo quantunque il contratto di matrimonio porti esclusione di comunione; imperciocchè avendo il marito diritto di percepire tutti i frutti de' beni, che gli vengono dati in dote da sua moglie, durante tutto il tempo del matrimonio, per sostenerne i pesi, così egli ha interesse, che non si trovi alcun debito della moglie anteriore al matrimonio, che diminuisca i detti frutti; quindi i parenti, che hanno dichiarata la moglie libera da debiti, si obbligano in questo caso di liberare il marito da tutte le azioni, che i crediti di sua moglie anteriori al matrimonio potrebbero aver sopra i beni, che le sono stati dati in dote.

ARTICOLO VI.

Della clausola con cui si accorda alla moglie di riprendere ciò, che ha conferito in caso di rinunzia.

379. È usitatissima ne' contratti di matrimonio la clausola con cui la donna stipula, che potrà in tempo dello scioglimento della comunione, in caso che vi rinunzi, riprendere libero e franco da debiti ciò, che vi ha conferito.

Questa convenzione con cui la moglie deve aver parte ne' guadagni se la comunione fa de' vantaggi, senza esser sottoposta a perdita in caso contrario, essendo una convenzione ammessa in favore del matrimonio, comunque ella sia contraria alle regole ordinarie, pure è di diritto stretto.

Noi vedremo sopra questa convenzione: 1. quando siavi luogo al diritto, che ne deriva; 2. a profitto di quali persone; 3. da quali persone possa promuoversi l' azione, che ne deriva, quando si è fatto luogo al diritto della moglie o di altre persone comprese nella convenzione; 4. quali cose sieno l' oggetto di questa convenzione.

§ 1. *Quando siavi luogo al diritto, che risulta dalla convenzione, che la moglie ripigli ciò, che ha conferito.*

380. La dissoluzione di comunione è quella, che dà luogo al diritto che risulta da tale convenzione. Quando è avvenuta la dissoluzione della comunione, vivente la moglie, *puta* per la morte del marito, la moglie subito dopo tale morte acquista il diritto, che risulta da questa convenzione, esso allora diventa un diritto perfetto, che fa parte dei beni della moglie de' quali essa può disporre, e che trasmette a' suoi eredi.

Non è di uopo, onde facciasi luogo a questo diritto, di aspettare, che la moglie abbia rinunziato alla comunione; poichè la rinunzia alla comunione non è apposta in questa convenzione come una condizione, che debba sospenderne l' effetto; essa è piuttosto *lex faciendi;* è la condizione sotto la quale la moglie deve usare del diritto, ch' essa ha di ripigliare libero e franco dai debiti ciò, che essa ha conferito nella comunione; essa non può riprenderlo se non abbandonando il di più col rinunziare alla comunione; ma prima, ch'essa vi abbia rinunziato, ha, allo sciogliersi della comunione, il diritto di pigliare ciò, che vi ha messo, a condizione di abbandonare il di più; e se dessa muore prima di aver presa tal qualità, trasmette questo diritto, tal quale lo aveva, a' suoi eredi; cioè il diritto di ripigliare ciò, ch' essa ha conferito nella comunione rinunciando alla stessa comunione: ciò è stato giudicato con una decisione del 29 luglio 1716, riportata nel sesto tomo del giornale delle Udienze.

381. I notai esprimono qualche volta questa convenzione in una maniera equivoca. Invece di concepirla in questi termini: *accadendo la dissoluzione della comunione, potrà la futura sposa, rinunziando alla comunione, ripigliare libero e franco da debiti tutto ciò, che vi avrà conferito*; vi sono de' notati, che la concepiscono così: *la futura sposa superstite, potrà rinunziare alla comunione; e ciò facendo, ripigliare quello, che vi avrà conferito.* Ciò ha dato luogo alla questione, se questa parola *superstite* contenesse una condizione, dimodochè, avvenendo la dissoluzione della comunione in forza di una sentenza di separazione di beni, il diritto, che risulta da questa clausola, non dovesse aver luogo, se non nel caso in cui la moglie sopravvivesse al di lei marito: Lebrun, *Trattato della Comunione*, l. 3, *c.* 2, *s.* 2, *d.* 5, *n.* 21, decide, che questa parola non contiene una condizione; che con queste parole le parti non abbiano voluto altro dire, se non, che il diritto di ripigliare ciò, ch' era stato conferito rinunciando alla comunione, era accordato in questa convenzione alla sola persona della moglie, ma non a' di lei figli, nè agli altri di lei eredi; quindi le parti con queste parole, *la moglie superstite,* hanno voluto solamente dire, che vi è luogo a tale ripresa a favore della moglie superstite, nel caso in cui avvenisse lo scioglimento della comunione per la morte del marito, e che nel caso contrario, avvenendo per la premorienza della moglie, non vi sarebbe luogo a tal diritto a favore dei di lei eredi perchè l' intenzione delle parti era di accordare tal dritto alla sola persona della moglie e non a' suoi eredi; se le parti non si sono spiegate pel caso in cui avvenisse la dissoluzione della comunione in forza di una sentenza di separazione, ciò è perchè non hanno pensato, che dovesse avvenire; ma non devesi conchiudere, ch' esse abbiano voluto restringere il diritto di ripresa accordato alla moglie al solo caso in cui avvenisse lo scioglimento della comunione colla morte del marito, ed escluderlo nel caso in cui si sciogliesse in forza di una sentenza di separazione. Lebrun avvalora la sua decisione con sentenze riportate da Brodeau, sopra Louet, *let. C, cap.* 26, colle quali è stato giudicato, che una donna nel caso di una sentenza di separazione di beni, poteva usare del diritto di ripigliare ciò, che aveva stipulato pel caso di sopravvivenza.

382. Si è altre volte discussa la quistione, se avendo la moglie dopo una

sentenza di separazione usato del diritto di ripresa, che nella convenzione era accordato a lei sola, premorendo poi la detta moglie, non dovesse il marito superstite ripetere il diritto di ripresa dagli eredi della moglie. Il commentatore di Lebrun nel luogo sopraccitato riporta due decisioni, una del 20 dicembre 1712, l' altra del 26 febbrajo 1718, che hanno ammesso il marito a ripetere contro gli eredi di sua moglie ciò, che era stato conferito e ch' essa aveva ripigliato in seguito di una sentenza di separazione di beni; questa domanda era fondata su questo, che essendo accordato soltanto alla moglie di ripigliare ciò che aveva conferito, non potevano gli eredi ritenerlo; ma lo stesso commentatore riporta in seguito un' altra decisione contraria alle due precedenti del 30 dicembre 1718, colla quale sopra le conclusioni del sig. Gilberto des Voisins gli eredi della moglie sono stati assoluti dalla domanda, che il marito aveva fatta contro di essi, ripetendo i beni conferiti, che erano stati ripigliati dalla moglie in seguito di una sentenza di separazione; questa decisione viene anco riportata nel settimo tomo del Giornale delle Udienze.

Fa d' uopo attenersi alla decisione di quest' ultima sentenza : da ciò, che nella convenzione sia stato accordato alla sola persona della moglie di ripigliare ciò, che ha conferito, quando rinunzia alla comunione, si deve dedurre, che non possa esservi luogo a tale ripresa se non in vantaggio soltanto della moglie; e che perciò avvenendo la dissoluzione della comunione per la premorienza della moglie, non possa esservi luogo a tal diritto a profitto degli eredi di lei, che non sono compresi in questa convenzione. Ma quando il diritto di ripresa ha avuto luogo a favor della moglie, essendo stato acquistato da lei, ed essendo diventato un diritto completo, che fa parte de' suoi beni, niente osta, che essa possa trasmetterlo ai suoi eredi, e tutto ciò, che ne è provenuto, come tutti gli altri suoi beni.

383. Non v' ha che la dissoluzione di comunione avvenuta per la premorienza del marito o per una separazione, che possa dar luogo al diritto, che risulta da questa convenzione in vantaggio della moglie.

Non può esservi se non quella, che avviene nel caso, che premuora la moglie, la quale faccia luogo al profitto de' figli, o degli altri eredi, che sono stati espressamente compresi nella convenzione.

Ciò serve per interpretare una clausola concepita in questi termini : *premorendo il marito*, *la moglie e i suoi figli rinunziando alla comunione, ripiglieranno ec.*; essendo premorta la moglie, i figli rinunciarono alla comunione e domandarono di riprendere ciò, che era stato conferito : loro veniva opposto, che essendo stipulato il diritto di ripresa pel caso in cui premorisse il marito, questo caso non essendo avvenuto, non poteva esservi luogo a tale diritto, i figli rispondevano che queste parole *premorendo il marito* non potevano riferirsi, se non alla moglie a cui era accordata la facoltà di ripresa con questa clausola, in caso, che rinunciasse alla comunione, *premorendo il marito*; ma riguardo ad essi, essendo anche stati compresi nella convenzione, devesi riputare esser loro accordata la ripresa nel caso che premuora la moglie madre di essi, poichè questo solo caso poteva dar luogo alla convenzione in loro vantaggio : per tali ragioni la ripresa fu aggiudicata ad essi con decisione del 13 dicembre 1641, riportata da Brodeau sopra Louet, *let. F*, *cap.* 28, *n.* 3.

§ 2. *A profitto di chi la comunione dia luogo alla convenzione di ripigliare ciò, che è stato conferito.*

384. Quantunque sia un principio generale di tutte le convenzioni, che noi veniamo riputati avere stipulato pe' nostri eredi tutto ciò, che abbiamo stipulato per noi, *quod sibi paciscitur*, *sibi haeredique suo paciscitur* (*Trattato delle Obbligazioni*, n. 63 e seg.) ; nondimeno per una eccezione a questo principio generale, essendo di diritto stretto la convenzione di cui noi trattiamo, quando una moglie ha stipulato, che avvenendo la dissoluzione della comunione, po-

tesse, rinunciandovi, ripigliar libero ciò, che vi ha conferito, si reputa, che non abbia stipulato, che per essa sola e non pe' suoi eredi, se non sono espressamente compresi nella convenzione, sia nominadoveli sia spiegandosene in modo, che non si possa dubitare della volontà, che le parti avevano di comprenderveli; quindi, essendo detto semplicemente, che la moglie, rinunciando alla comunione, ripiglierà libero ciò, che vi ha conferito, se in questo caso la comunione vengasi a sciogliere per la premorienza della moglie, non essendo i di lei eredi espressamente compresi nella convenzione, non potranno usare del diritto di ripresa; e rinunziando alla comunione, vi lasceranno tutto ciò, che vi è stato conferito dalla moglie, senzachè essi possano riprendere altro che i di lei beni proprj.

Nondimeno i figli avevano altre volte preteso, che dovessero riputargli tacitamente compresi in tal diritto; ma colle decisioni riportate da Louet e Brodeau, è stato giudicato, che non vi erano compresi più degli altri eredi, quando le parti non se ne erano spiegate nella convenzione.

385. Questa massima, che la moglie venga riputata avere stipulato per essa sola il diritto di ripresa, rinunciando alla comunione, e non pe' suoi figli o altri eredi, se non sono espressamente compresi in tale convenzione, ha luogo non solo quando la clausola è concepita in queste parole: *la futura potrà ec.* o *sarà permesso alla futura ec*; ma anche quando fosse stata concepita in termini impersonali. Così è stato giudicato con una decisione del 19 febbrajo 1604 riportata da la Thaumassière nelle sue Questioni, *centur*. 72. Nel caso di questa decisione la clausola era concepita in questi termini: *accadendo dissoluzione di comunione, in caso di rinunzia ad essa, potrà essere ripigliato tutto ciò che la moglie vi avrà conferito*: essendo avvenuta la dissoluzione della comunione per la premorienza della moglie, la sentenza rigettò i figli dalla ripresa di cui volevano valersi, rinunziando alla comunione.

386. Acciocchè la moglie possa, premorendo, trasmettere a' suoi eredi il diritto, che ha stipulato con questa convenzione di ripigliare ciò, che ella vi ha conferito, rinunziando alla comunione, bisogna ch' essa li comprenda espressamente in tale convenzione; quindi in tal caso, quando essa premorendo lascia degli eredi della qualità di quelli compresi nella convenzione, loro trasmette questo diritto in virtù della sua morte, e perciò a tale diritto si fa luogo a profitto dei detti eredi, che possono esercitarlo come farebbe la moglie stessa se, per la premorienza del marito o per separazione, si fosse fatto luogo a questo diritto in tempo, ch' essa viveva.

Ma se la moglie, per la cui morte siasi disciolta la comunione, non abbia lasciato se non eredi, che non sieno della qualità di quelli compresi nella convenzione, *puta*, se la facoltà di ripigliare sia stata stipulata a favore di lei e de' suoi figli, ed essa lasci per eredi de' collaterali, non trasmette a' detti eredi il diritto che ha stipulato di ripigliare ciò, che ha conferito nella comunione, e la convenzione diventa caduca.

387. I figli sono bene spesso compresi in questa convenzione; ciò si fa con queste parole: *La futura sposa e i di lei figli potranno ec.*; o *la futura e i suoi*; o *la futura e i suoi eredi ec.* imperciocchè queste parole, *suoi eredi*, in queste clausole, che sono di diritto stretto, non comprendono se non gli eredi della linea discendentale, cioè i figli, come lo abbiamo osservato *supra*, n. 328, rapporto a' beni proprj convenzionali.

Del resto queste parole, *figli, suoi, eredi*, comprendono non solo i figli del primo grado, ma quelli di tutti gli altri. La parola *figli*, nella nostra lingua, corrisponde alla parola latina *liberi*, ora la *l.* 220, ff. *de verb. signif.*, c' insegna che: *liberorum appellatione nepotes et pronepotes, caeterique qui ex his descendunt, continentur*. Non havvi alcuna ragione di credere, che le parti in questa clausola siensi allontanate da questa significazione ordinaria della parola *figli*, essendo eguale l' affetto, che si ha pe' suoi proprj figli come pei figli de' figli.

Queste ragioni mi semprano decisive contro l' opinione di Lebrun, il quale restringe in questa clausola la parola *figli* a quelli del primo grado.

Queste parole comprendono pur tutti i figli della moglie, non solo quelli, che nasceranno dal matrimonio, ma anche quelli, ch' essa ha dal matrimonio precedente. Nondimeno se fosse detto, *la futura e i suoi figli, che nasceranno dal matrimonio potranno ec.* queste parole, *che nasceranno dal matrimonio* escluderebbero dalla convenzione quelli de' precedenti matrimonj, secondo la regola *inclusio unius est exclusio alterius*; quindi in tal caso, se la moglie premorendo abbia colla sua morte sciolto la comunione, nè abbia lasciato per suoi eredi se non figli de' suoi precedenti matrimonj, non era luogo per questi eredi a ripigliare ciò, che è stato conferito.

Obiter nota: ma quando la moglie ha lasciato un figlio da quel matrimonio, quelli de' precedenti profittano della ripresa a cui si è fatto luogo in beneficio di questo figlio, col quale essi la dividono; non dovendo aver questo figlio maggiori vantaggi di essi nella eredità della madre comune, ed essendo in conseguenza obbligato a partecipare loro i vantaggi, che la di lui madre gli ha fatto, stipulando in di lui profitto la facoltà di ripigliare i beni conferiti.

388. Ecco un caso in cui si è giudicato che le parole, *che nasceranno dal matrimonio*, non escludevano i figli de' precedenti matrimonj nel caso in cui la moglie non ne avesse lasciato alcuno da questo matrimonio. La clausola era concepita in questi termini: *Sarà permesso alla futura sposa ed ai figli che nasceranno dal matrimonio, anche a' di lei eredi collaterali, di accettare o rinunziare alla comunione; nel qual caso di rinunzia, ripiglieranno libero e franco tuttociò ch' essa vi avrà conferito ec.* Per decisione del mese di agosto 1695 riportata da Berroyer, *t.* 1, delle decisioni di Bardet *l.* 2, *cap.* 11, non ostanti queste parole *che nasceranno dal matrimonio*, fu aggiudicata la facoltà di ripigliare ciò che si era conferito ad un figlio di un precedente matrimonio: la circostanza di tale facoltà accordata *anche agli eredi collaterali*, fece presumere che le parti con queste parole, *ai figli, che nasceranno dal matrimonio*, non avessero inteso di escludere quelli del matrimonio precedente, i quali erano infinitamente più cari alla moglie de' suoi parenti collaterali, pe' quali essa aveva stipulato la facoltà di ripigliare.

289. Per la medesima ragione, se la convenzione fosse concepita in queste parole: *la futura e i suoi eredi collaterali potranno*, rinunciando alla comunione, ripigliare ciò ch' essa ha conferito, io penso che si debba intendere la clausola come se vi fosse, *e i suoi eredi* ANCHE *collaterali*, e debbansi quindi considerare i figli come compresi nella convenzione; imperciocchè non può supporsi che ciò che le parti hanno voluto accordare agli eredi collaterali l'abbiano negato a' loro proprj figli, che loro sono assai più cari. So che molti autori sono di parere contrario; Lebrun, *Trattato della Comunione, lib.* 3, *cap.* 2, *d.* 3, *n.* 12, Lemaitre, Duplessis ec., ma io non accondiscendo al loro parere.

Invano oppongono essi, che tale convenzione essendo di dritto stretto, non si possono considerare compresi nella convenzione i figli quando non vi sieno compresi espressamente. La risposta è, che per comprendere i figli espressamente nella convenzione non è precisamente d' uopo, che vi sieno nominati, ma basta che colle parole della convenzione le parti siensi spiegate in modo, che non vi sia luogo a dubitare ragionevolmente della volontà, ch' esse hanno avuto di comprenderveli; ora le parti, comprendendo nella loro convenzione anche gli eredi collaterali, non lasciano alcun fondamento di dubitare della volontà, ch'esse hanno avuto di comprendere con più forte ragione i loro figli. La decisione, che è la 112 della raccolta di Montholon, e che opponesi alla nostra opinione non è in alcun modo applicabile alla questione. Nel caso di questa decisione era detto: *la moglie sopravvivendo a suo marito senza figli avrà, rinunciando alla comunione, tutto ciò, che essa vi ha conferito; e se essa premuore senza figli, il marito sarà libero, e i collaterali riprenderanno tutto ciò che essa vi avrà conferito senza prendere nella detta comunione niuna cosa per*

essi: essendo premorta la moglie ed avendo lasciato per erede un figlio, questo figlio pretese di aver diritto di ripigliare, rinunciando alla comunione, ciò che la madre vi aveva conferito: la sua domanda fu rigettata dalla decisione e con ragione; poichè è evidente in questo caso, che i figli non erano compresi in veruna parte di questa clausola. Se nella seconda parte della clausola veniva accordato agli eredi collaterali della moglie il diritto di ripigliare tutto ciò ch' essa aveva conferito, è per una ragione che le era particolare; essa lo accordava in compenso dell' essere essi limitati a ciò, e privati di poter pretendere alcuna porzione ne' guadagni e ne' profitti della comunione, quando essa fosse prosperata; ma i figli che avrebbero partecipato alla prosperità della comunione, ed avrebbero avuto la metà in tutti i guadagni ed acquisti comuni, se ve ne fossero stati, debbono anche nel caso contrario partecipare alla disgrazia, e, rinunciando alla comunione, perdere tuttociò, che la loro madre vi aveva conferito.

390. Quando la moglie ha stipulato che essa e i suoi eredi collaterali potessero, rinunciando alla comunione, ripigliare ciò ch'essa vi ha conferito, devesi egli sottointendere che sieno compresi nella convenzione non solo i figli, ma anco, in difetto de' figli, i genitori e gli altri eredi della linea diretta ascendentale della moglie? Io credo di sì, poichè i nostri ascendenti essendoci assai più cari de' collaterali, ed essendo più ordinario di stipulare questa ripresa pel padre e per la madre della moglie che pe' suoi collaterali, havvi molta ragione di presumere che le parti, estendendo agli eredi collaterali tale convenzione, abbiano inteso maggiormente di comprendervi i parenti della linea diretta ascendentale.

Comunque estesa sia la convenzione di ripigliare ciò, che è stato conferito rinunciando alla comunione, quando vi sono espressamente compresi anche gli eredi collaterali della moglie, tale convenzione non ha però, neppure in questo caso, la medesima estensione delle convenzioni ordinarie: imperciocchè nelle convenzioni ordinarie, ciò che una persona stipula, si reputa essere stato stipulato per lei e per la sua successione, fintantochè è sua successione semplicemente, sia che debba essere accettata, qualunque sia quegli che l' accetterà, sia che debba rimanere giacente: al contrario, la convenzione di ripigliare ciò che è stato conferito, rinunciando alla comunione, essendo una convenzione di una natura particolare colla quale la moglie stipulante è riputata non stipulare che per sè e per quelli, che essa ha espressamente compreso nella convenzione, ne viene che quando essa vi ha espressamente compreso anche i suoi eredi collaterali, non ha in questo caso stipulato per la sua successione semplicemente, in quanto ella è sua successione, ma solamente per la sua successione, in quanto sarà accettata da alcuno dei suoi parenti; quindi se dopo la sua morte l' eredità sia giacente, non potrà il curatore dell' eredità giacente usare della facoltà di ripresa.

Per la stessa ragione, se non essendosi trovato veruno parente della moglie, ed essendosi trovato il di lei marito incapace di succederle, *puta* perchè straniero non naturalizzato, il padrone del feudo, a cui viene deferita l' eredità della moglie, non potrà usare della facoltà di ripresa che la moglie ha stipulato soltanto per sè, e pe' suoi eredi che fossero del di lei parentado.

391. Si è agitata la questione se nel seguente caso debbono riputarsi i figli compresi nella convenzione di ripigliare ciò, che la moglie ha conferito, quando la clausola sia concepita in questi termini: *In caso che il marito premuoja sarà permesso alla futura sposa, ed a' suoi figli nati dal futuro matrimonio* SOLAMENTE *di rinunziare alla comunione o di accettarla; ed in caso di rinuncia, la detta futura sposa ripiglierà tutto ciò, che vi avrà conferito ec.* Essendo premorta la moglie, ed avendo lasciato erede un figlio, il surrogato tutore rinunziò alla comunione per il figlio, e domandò di ripigliare ciò, che la di lui madre vi aveva conferito; il padre diceva, che il figlio era compreso nella prima parte della clausola, che permetteva la rinunzia alla comunione; ma non già alla seconda parte, che accorda di ripigliare ciò, che è stato conferito, in

caso di rinunzia; ciò dicevasi, risulta da queste parole colle quali è concepita questa seconda parte della clausola: *in caso di rinunzia, la detta futura sposa ripiglierà ec.* Queste parole, che sono in singolare, comprendono solamente la moglie; acciocchè vi fossero stati compresi i figli, sarebbe stato d'uopo dire *ed in caso di rinunzia riprenderanno.* Dicevasi al contrario per la parte del figlio, che le due parti della clausola erano talmente connesse ed avevano una tale relazione, che bastava, che i figli fossero compresi nella prima parte della clausola, perchè dovessero essere sottointesi nella seconda .La semplice facoltà di rinunziare alla comunione, è una facoltà, che hanno tutti quelli, che succedono ai diritti della moglie, comunque sieno, nè fa d'uopo stipularla; perciò queste parole della clausola, *sarà permesso alla futura sposa ed a' suoi figli nati dal futuro matrimonio* SOLAMENTE *di rinunziare alla comunione ec.* non debbono intendersi di una semplice facoltà di rinunziare, come è di diritto comune, la quale non ha bisogno di essere stipolata, ma di una facoltà di rinunziare, come era annunciato nel seguito della clausola, ed a cui era inerente il diritto di ripresa, mediante la rinunzia alla comunione. Ecco ciò, che evidentemente prova la parola *solamente* impiegata in questa clausola, che dice, *sarà permesso alla futura sposa ed a' suoi figli nati dal futuro matrimonio* SOLAMENTE, *di rinunziare ec.* Egli è evidente, che la facoltà di rinunziare, che le parti restringono ai figli nati dal matrimonio con questa parola, *solamente*, è la facoltà di rinunziare alla quale è unito il diritto di ripigliare ciò, che è stato conferito, e non la semplice facoltà di rinunziare, che è di diritto comune; essa non è, che il diritto di ripigliare, mediante la rinunzia, ciò che è stato conferito, diritto, che è stato negato agli eredi e successori della moglie; nè si è voluto interdir loro la facoltà di liberarsi dai debiti della comunione mediante la rinunzia, e col lasciarvi ciò, che vi è stato conferito: non devesi dunque dire, che in questo caso i figli non sieno compresi in tale convenzione, sotto pretesto, che nelle ultime parole della clausola è detto semplicemente, *in caso di rinunzia la detta futura sposa ripiglierà ec.*, senza dire, che i figli ripiglieranno egualmente; imperciocchè basta, per doverlo sottointendere che i figli sieno stati espressamente compresi nel principio della clausola, la quale in tuttociò, ch'essa contiene, non altro racchiude se non la facoltà accordata alle persone, che vi sono comprese, di ripigliare ciò, che è stato conferito dalla moglie, rinunziando alla comunione.

Su queste ragioni fu pronunciata la decisione del 27 febbrajo 1629, la quale accordò al figlio erede di sua madre la facoltà di ripigliare ciò, che essa aveva conferito, rinunziando alla comunione. Essa è riportata nel primo tomo del Giornale delle Udienze, *lib.* 1, *cap.* 21, e nella Raccolta di Bardet, *tom.* 1, *lib.* 2, *cap.* 11.

392. Lebrun, *Trat. della Com.*, l. 3, *cap.* 2, *sez.* 2, *d.* 5, *n.* 11, riporta un altro caso Era detto in un contratto di matrimonio: *sarà in facoltà della futura sposa in caso, ch' essa sopravviva, di rinunziare; e ciò facendo, ripigliare libero e franco ciò che ha conferito; ed in caso ch' essa premuoja,* LA DETTA *facoltà di rinunziare sarà trasmissibile ai figli ch' essa lascerà del matrimonio; ed in loro mancanza ai di lei eredi collaterali.* Essendo avvenuto il caso della premorienza della moglie, Lebrun, consultato su tale particolarità, decise che i figli, rinunziando, non potevano pretendere la ripresa, e che la facoltà di rinunziare, di cui erasi parlato nella seconda parte della clausola, non doveva essere intesa che della semplice facoltà di rinunziare alla comunione, come lo Statuto accorda. La ragione che può fare adottare il parere di Lebrun per questo caso è, che essendo una cosa insolita di accordare indistintamente agli eredi collaterali della moglie il diritto di ripigliare ciò che essa ha conferito, mediante la rinunzia alla comunione, vi è luogo a credere che la facoltà di rinunziare, di cui si è parlato nella seconda parte della clausola, e che è accordata anche agli eredi collaterali, non sia altro che la semplice

facoltà di rinunziare, come lo Statuto l'accorda a tutti i successori della moglie per liberarsi dai debiti. Ma se non si fosse parlato degli eredi collaterali in questa parte della clausola, e si fosse detto semplicemente *la detta facoltà di rinunziare sarà trasmissibile ai figli*, io credo che dovrebbesi ciò intendere della facoltà di rinunziare, di cui si è parlato nella prima parte della clausola, alla quale è aggiunto il diritto di ripigliare ciò che la moglie ha conferito col mezzo della rinunzia. Questo è il senso che presentano quelle parole, *la detta facoltà*.

§ 3. *Quando siasi fatto luogo alla convenzione di ripigliare ciò che la moglie ha conferito, sia a favore della moglie, sia a favore dei di lei eredi compresi nella convenzione, chi potrà esercitare l'azione, che ne risulta?*

393. Quando si è fatto luogo a vantaggio della moglie alla convenzione di ripigliare, mediante la rinunzia alla comunione, ciò che la moglie vi ha conferito, sia per la premorienza del marito, sia in forza di una separazione, l'azione che deriva da questa convenzione di esigere dal marito o da' suoi eredi, mediante la rinunzia alla comunione, ciò che la moglie vi ha conferito, può essere promossa non solo dalla moglie, a profitto di cui si è fatto luogo al diritto che nasce da questa convenzione, ma anche da tutte le persone, che sono succedute a' diritti di lei, o che hanno diritto di valersene.

Invano opporrebbesi che tale diritto sia un diritto personale della moglie: esso è personale soltanto nel senso, che ad esso non può farsi luogo, se non in favore della sola persona della moglie, per lo scioglimento della comunione, che avvenga sua vita durante: quando avvenga per di lei premorienza, non puossi far luogo a tale diritto in favore degli eredi della moglie, se non sieno essi stessi compresi nella convenzione. Ma quando è stato una volta aperto in favore della moglie, questo è un diritto, che essa ha acquistato in piena proprietà, di cui essa può disporre e che trasmette a' suoi eredi come tutti gli altri suoi beni. Quindi l'azione, che risulta da questo diritto, può essere promossa da' suoi eredi o altri successori. Essa lo trasmette a' suoi eredi quand'anche fosse morta prima di essersi spiegata, se avesse intenzione di accettare o rinunziare alla comunione; perciò è stato giudicato con una decisione del 2 luglio 1716, riportata dall'autore del *Trattato dei Contratti di Matrimonio*, che i di lei eredi in questo caso erano ammessi ad intentare tale azione, rinunziando alla comunione, come lo abbiamo veduto *supra*, n. 380.

Sarebbe lo stesso circa gli altri di lei successori, come sarebbe un legatario universale, come dice Lebrun, *Tratt. della* Comunione, *lib.* 3, *cap.* 2, *sez.* 2, *d.* 5, *n.* 17.

394. Per la medesima ragione, tale diritto essendo stato aperto a favore della moglie, i creditori di essa debbono esser ammessi ad intentare l'azione, che ne deriva. Lebrun, *ibid.*, mal a proposito distingue il caso in cui i creditori della moglie pretendono di esercitare tale azione in tempo che la moglie sia ancora vivente dal caso in cui la donna sia morta dopo che si sia fatto luogo a tale di lei diritto. Questa distinzione non ha veruno fondamento; i creditori sono ammessi tanto prima, quanto dopo la morte del loro debitore, a valersi di tutti i diritti che ad esso appartengono o alla sua successione.

V'ha di più: quando anche la moglie, in favore della quale per la premorienza del marito si è fatto luogo al diritto di riprendere, rinunziando alla comunione, ciò che vi ha conferito, avesse accettata una svantaggiosa comunione in frode de'suoi creditori, e per favorire i suoi figli debitori di questo suo credito di ripresa, e si fosse con questo mezzo privata del suo diritto, che non le è accordato, se non quando rinunzia alla comunione, i creditori della moglie, facendo dichiarare nulla e dolosa l'accettazione fatta dalla moglie, dovrebbero essere ammessi a rinunziarvi per essa, e a valersi del diritto, ch'essa ha di ripigliare ciò che aveva conferito. Un debitore, secondo questa mas-

sima della nostra giurisprudenza, non può in frode de' suoi creditori rinunziare a' diritti, che gli sono acquisiti; quindi allorchè un debitore ha rinunziato, in frode de' suoi creditori, ad una eredità vantaggiosa, i creditori sono ammessi nella nostra giurisprudenza, contro la sottigliezza del diritto romano, ad esercitare i diritti del loro debitore in questa eredità, facendo dichiarare nulla e dolosa la rinunzia, che è stata fatta.

395. Quando per la premorienza della moglie, si è fatto luogo al diritto di ripresa a favore del di lei erede compreso nella convenzione, non solo il detto erede, a di cui favore si è fatto luogo al detto diritto, può intentare l' azione, che ne deriva, ma possono anco intentarla i suoi eredi o altri successori, ed anche i suoi creditori.

396. Se questo erede compreso nella convenzione, a cui profitto per la premorienza della moglie si è fatto luogo a tale diritto, avesse accettato l'eredità col beneficio d' inventario, ed in seguito rinunziasse tale eredità ai creditori ereditarj per liberarsi dai debiti, questo diritto di ripigliare ciò che la moglie ha conferito, essendo un diritto a cui si è fatto luogo a profitto dell' erede, e che egli ha acquisito in qualità di erede della moglie compreso nella convenzione, e che egli ha per conseguenza nella di lei eredità, tal diritto deve esser compreso nella rinunzia di tutti i beni e diritti ereditarj, ch' egli ha fatta a' creditori della successione; tali creditori, ai quali è stata ceduta la successione della moglie, possono adunque intentare l' azione, che nasce da questo diritto.

397. Questi principj servono a decidere la questione, se siavi luogo al diritto, che nasce dalla convenzione, di ripigliare, rinunziando alla comunione, ciò che la moglie vi ha conferito, quando essa sia premorta lasciando per suo erede un figlio o altro parente espressamente compreso nella convenzione, e per legatario universale una altra persona, che non vi è compresa. Lebrun, *ibid.*, n. 17, pretende, che in questo caso non facciasi luogo al diritto di ripresa, nè a favore dell' erede, quantunque compreso nella convenzione, perchè il legato universale fatto ad un' altra persona gl' impedisce di poterne profittare, nè a favore del legatario universale, perchè egli non è stato compreso nella convenzione.

Conviene dire al contrario, secondo i nostri principj, che se l' erede della moglie accetta l' eredità, essendo questo erede della qualità di quelli a' quali per la convenzione si può trasmetter questo diritto, ne viene, che si è fatto luogo a tale diritto a favore di questo erede, e gli è stato acquisito; il che basta acciocchè l' erede lo trasmetta, come tutti gli altri beni e diritti dell' eredità, nel legatario universale. Il legatario universale, dopo aver preso possesso del suo legato, può adunque intentare l' azione, che nasce da questo diritto, come lo avrebbe potuto l'erede a favore del quale vi si è fatto luogo, ed in vece del quale sta il legatario universale.

Si opporrà forse che, in massima, le cose lasciate a titolo di legato sono riputate passare direttamente dalla persona del defunto in quella del legatario; dunque, dirassi, non si è potuto far luogo a questo diritto a favore dell' erede, nè esso erede ha potuto acquistarlo, perchè da lui passasse nel legatario universale: la risposta è, che soltanto per una finzione i beni e i diritti dell' eredità sono riputati passare direttamente nel legatario; essi per verità passano prima nell' erede per passare poscia da lui nel legatario, come lo prova la regola, che dice, *il morto impossessa il vivo suo più prossimo erede*; ciò è dell'essenza del titolo di erede, il quale non è altro, che il successore di tutti i dritti del defunto: *Successor in universum jus defuncti.* La finzione che fa considerare i legati come passati direttamente dal defunto nel legatario, essendo una finzione stabilita soltanto in favore del legatario per certi effetti, essa non può essere ritorta contro di lui ed in suo pregiudizio; per conseguenza non può impedire che non siasi fatto luogo al diritto di ripresa in favore dell' erede, nè sia passato dall' erede in lui medesimo: *Quod in favorem alicujus in-*

troductum est, non debet contra eum retorqueri; a queste ragioni, che sono le ragioni fondamentali della nostra opinione, e che sono dedotte dalla natura delle cose, si può anco aggiungere una ragione d'inconveniente, la quale è che, secondo l'opinione di Lebrun, la moglie avrebbe una via aperta di vantaggiare il suo marito, nominando un legatario universale per liberare il di lei marito dalla ripresa stipulata in favore dell'erede: finalmente la nostra opinione è stata confermata da una decisione del 1711, riportata dal commentatore di Lebrun.

398. Alcuni autori hanno dato nella opposta estremità, sostenendo, che quando una moglie abbia lasciato un erede compreso nella convenzione ed un legatario universale, questo legatario può valersi del diritto di ripresa nel caso anche in cui l'erede avesse rinunziato alla eredità, e che non debbasi aver riguardo a questa rinunzia, come fatta in frode del legato universale. Questa opinione non mi sembra potersi sostenere: imperciocchè il diritto di ripresa era un diritto trasmissibile a questo erede, come compreso nella convenzione; ma essendo un diritto di eredità, non può essergli trasmesso nè introdotto in suo favore, se non accetta la successione: il legatario adunque non può in questo caso esercitare tale azione, perchè non lo può, nè per parte sua, non essendo compreso nella convenzione, nè per parte dell'erede, poichè questi ha rinunziato alla eredità. In quanto a ciò che dicesi, che non devesi aver riguardo in tal caso alla rinunzia di questo erede, come fatta in frode del legatario universale, la risposta è, che un debitore non può per verità rinunziare, in frode de'proprj suoi creditori, ad una vantaggiosa eredità deferitagli, e colla quale egli avrebbe potuto pagare o tutto o parte di ciò che loro doveva; ma in questo caso, l'erede, rinunziando alla eredità, non commette alcuna frode verso il legatario universale, di cui egli non è debitore.

§ 4. *Quali cose sieno l'oggetto di questa convenzione.*

399. La convenzione colla quale la moglie stipula la facoltà di ripigliare ciò che ha conferito nella comunione nel caso che rinunzii ad essa, essendo una convenzione di diritto stretto, deve essere strettamente contenuta ne' termini ne' quali è concepita, nè può essere estesa da una cosa all'altra.

Quindi allorchè dicasi semplicemente nella convenzione, che la moglie rinunziando alla comunione ripiglierà ciò che vi ha conferito, tale convenzione non racchiude, se non ciò che essa maritandosi ha conferito nella comunione, nè si estende a ciò ch'essa vi fa entrare dopo per successioni o donazioni, che le sieno pervenute durante il matrimonio.

Quando vuolsi che la moglie ripigli anco queste cose non si dice soltanto, che la moglie ripiglierà ciò che ha conferito in comunione, ma si aggiungono queste parole: *e tutto ciò, ch' ella vi avrà fatto entrare dopo, durante il matrimonio*, oppure queste: *e tutto ciò, che vi sarà entrato per di lei causa*, o altre simili.

400. Nel caso di una decisione del 12 agosto 1731, riportata da Bardet, *tom.* 1, *lib.* 4, *cap.* 45, la sposa era stata dotata da suo padre e da sua madre di 36,000 lire, e si era detto: *la futura sposa rinunziando alla comunione, ripiglierà le* 36,000 *lire, che ha recato in dote, e tutto ciò, che dimostrerà di avervi portato di più*: la corte giudicò, che queste parole, *tutto ciò, che dimostrerà avervi portato di più*, comprendevano la facoltà di ripigliare un legato, che, durante il matrimonio, le era stato fatto da un estraneo. Difatti queste parole non permettevano di limitare la convenzione a ciò che la moglie aveva conferito maritandosi, poichè non avendovi conferito che una somma fissa e determinata di 36,000 lire, dicendosi, che ripiglierebbe *tutto ciò che dimostrerà di avervi portato di più*, queste parole non potevano intendersi se non di ciò che le fosse pervenuto nel tempo, che ha durato la comunione, a titolo di eredità, di donazione, o di legato.

401. Con una decisione del 18 giugno 1687, riportata nel secondo tomo del Giornale del foro, è stato giudicato, che questa clausola, *la futura*

rinunziando alla comunione, ripiglierà libero e franco da debiti tutto ciò, che essa si troverà avervi conferito, non comprendeva se non ciò, che la moglie vi aveva conferito maritandosi, nè si estendeva ad un legato fattole durante il matrimonio.

Lebrun, *Trattato della Comunione, lib.* 2, *cap* 2, *sez.* 2, *d.* 5, *n.* 37, non approva tale decisione: egli pensa, che nella convenzione di ripresa queste parole, *tutto ciò che si troverà avervi essa conferito*, o *tutto ciò, che vi avrà conferito*, essendo al tempo futuro, non si riferiscono al tempo in cui ha cominciato la comunione, ma al tempo avvenire della dissoluzione di essa; e per conseguenza comprendono non solo ciò che la moglie ha fatto entrare in comunione maritandosi, ma tuttociò che vi ha fatto entrare fino al tempo della dissoluzione della comunione mentre questa ha durato; ciò sembra essere effettivamente il vero senso di quelle parole concepite nel tempo futuro.

402. Qualche volta si dice nella convenzione, con cui la moglie stipula il diritto di ripigliare col mezzo della rinunzia ciò ch' essa ha conferito nella comunione, che potrà ripigliarlo, previa la deduzione di una determinata somma da darsi al marito, per indennizzarlo delle spese delle nozze. Lebrun, *Trattato della Comunione, lib.* 3, *cap.* 2, *sez.* 2, *d.* 5, *n.* 28, dimanda sopra questa clausola se, essendo avvenuta la dissoluzione della comunione per la premorienza del marito, gli eredi, di lui debitori della ripresa verso la moglie, abbiano diritto di ritenere su questa ripresa ciò, che avrebbe potuto ritenere il marito. È fuor d' ogni difficoltà ch' essi lo possano: la moglie non può esigere da essi più di ciò che ha stipulato: ora, essa non ha stipulato di riprendere tutto ciò che vi ha conferito, ma solamente ciò che ha conferito previa la deduzione di una determinata somma: essa non può adunque dimandare di ripigliare ciò che ha conferito, se non previa la deduzione della detta somma. Gli eredi di un defunto non possono esser debitori nella loro qualità di eredi più di quello di cui il defunto era debitore; ora il marito non era debitore della ripresa di tutto ciò ch' era stato conferito, ma solamente di ciò ch' era stato conferito, previa la deduzione della somma determinata; non debbono adunque i di lui eredi parimenti esser tenuti della ripresa de' beni conferiti, se non previa tale deduzione.

403. La moglie bene spesso con tale convenzione stipula per essa tutto ciò che ha conferito senza alcuna deduzione, e stipula pe' suoi eredi compresi nella convenzione, la stessa ripresa, salva la deduzione di una determinata somma, che il marito potrà ritenere per le spese di nozze. Quando la clausola è concepita in questi termini: *la futura sposa, in caso di rinunzia alla comunione, ripiglierà ciò che vi avrà conferito: i suoi figli, ed in mancanza de' figli il padre e la madre, lo ripiglieranno egualmente, ma i detti padre e madre non lo ripiglieranno, che previa la deduzione di tanto*; se sia avvenuta la dissoluzione della comunione per la premorienza del marito, ed abbia dato luogo al diritto di ripresa a favore della moglie, la quale sia morta senza avere preso qualità, ed abbia lasciato per suoi eredi i di lei genitori, i quali nella loro qualità di eredi della moglie rinunciano alla comunione, e domandono contro gli eredi del marito la ripresa di ciò che la loro figlia ha conferito nella comunione, saranno essi obbligati a soffrire la deduzione della somma portata nella convenzione? No, perchè questa deduzione non è stata accordata al marito in tutti i casi; ma solamente nel caso in cui, per essere premorta la moglie senza figli, vi fosse luogo alla ripresa a favore del padre e della madre della moglie; ma in questo caso non si è fatto luogo al diritto di ripresa a favore del padre e della madre, sibbene a favore della moglie, che ha stipulato per essa senza alcuna deduzione; avendo ella acquistato questo diritto senza alcuna deduzione, lo ha trasmesso tal quale essa lo aveva, e per conseguenza senza alcuna deduzione, a' suoi genitori, che sono di lei eredi.

404. Ecco una questione, che mi è stato detto essersi presentata: in un contratto di matrimonio era stata ac-

cordata la facoltà di ripigliare ciò che erasi conferito al padre ed alla madre della futura sposa, quando rinunziassero alla comunione, ed erasi aggiunto: *e nel detto caso sarà dato al marito la somma di tanto per le spese di nozze*; la moglie lasciò erede suo padre ne' mobili ed acquisti, e de' collaterali ne' beni proprj materni. Il padre, che si valeva della ripresa, pretendeva, che la somma stipulata per le spese di nozze, fosse un debito dell'eredità della moglie, alla quale i di lei eredi materni doveano contribuire con esso; e che queste parole *sarà dato*, presentavano un senso differente da quelle di cui si fa uso ordinariamente: *sarà fatta deduzione*.

Io credo, che la pretensione del padre fosse mal fondata. Queste parole, *nel detto caso sarà dato ec*, non contengono altro che una obbligazione apposta alla facoltà di riprendere accordata al padre ed alla madre; ora, a chi appartiene di adempire alla obbligazione sotto la quale è stata fatta una disposizione, se non a colui, a profitto del quale è stata fatta? Invano direbbesi, che queste parole non contengono tanto un obbligo apposto alla facoltà di ripigliare, quanto il debito di una somma, che la moglie ha contratto verso suo marito nel caso in cui vi fosse luogo alla detta ripresa, e che tal debito passi nella di lei eredità: imperciocchè, quand' anche si accordasse, che la moglie avesse contratto questo debito verso suo marito, desso sarebbe stato estinto nel medesimo tempo che è stato contratto, mediante il compenso che se ne sarebbe fatto fino a debita concorrenza col debito della restituzione delle cose conferite dalla moglie, che il marito ha contratto verso di lei; non potendo due persone contrarre reciprocamente una verso l' altra dei debiti di somme di danaro sotto una stessa condizione, senza che se ne faccia necessariamente ed *ipso jure* compenso fino alla debita concorrenza.

405. Quando la convenzione è stata concepita in questi termini; *la futura e i suoi figli, che nasceranno dal matrimonio, ripiglieranno ciò che essa ha posto in comunione; i figli, ch' essa ha da un precedente matrimonio, avranno pure questa facoltà di ripigliare, ma a condizione, che si prededuca la somma di quattromila lire, che il marito riterrà per le spese di nozze*: essendo premorta la moglie, ed avendo lasciato eredi un figlio di questo matrimonio ed un altro di un matrimonio precedente, a profitto dei quali si è fatto luogo al diritto di ripresa; essendo l' uno e l' altro compresi nella convenzione, si domanda, rapporto alla deduzione della somma di quattro mila lire, di cui è stato gravato il figlio del precedente matrimonio, se vi abbia luogo a questa deduzione pel totale o soltanto in parte? Lebrun, *Trattato della Comunione*, *lib.* 3, *cap.* 2, *sez.* 2, *d.* 5, *n.* 43, riporta quattro opinioni differenti su tale questione.

La prima è, che il figlio del matrimonio precedente ripiglierà la metà di ciò che la madre ha conferito, coll' obbligo di dedurre in favore del marito l'intiera somma delle 4,000 lire portate nella convenzione. La seconda è, ch' egli ripiglierà tal metà, coll' obbligo di compensare al marito la metà delle 4,000 lire. La terza è, che non debba farsi alcuna deduzione, neanche dal figlio del primo matrimonio, perchè ridonderebbe sopra il figlio del secondo letto, a profitto di cui è stata stipulata la ripresa senza alcuna deduzione. La quarta è, che il figlio del secondo letto e quello del primo, debbono in questo caso dedurre per metà sopra le loro parti la somma delle 4,000 lire.

Di queste quattro opinioni devesi seguire la seconda, ed è quella, che segue Lebrun: essa è fondata su questo principio di equità, che quando una disposizione fatta a favore di alcuno non può aver luogo che in parte, quegli, a profitto di cui è stata fatta, non deve esser tenuto de' pesi, che per la stessa parte; *l.* 43, § 2, *l.* 44, § 9, ff. *de cond. et dem.* Secondo questa massima, il figlio del primo letto, a favore del quale era stata stipulata la facoltà di ripigliare coll' obbligo di lasciare 4,000 lire al marito, non essendo stato erede di sua madre senonchè per metà, nè essendosi per conseguenza fatto luogo alla ripresa in di lui profitto senonchè per metà, egli non

deve esser tenuto, che per metà allo obbligo di lasciare al marito 4,000 lire, e non deve farsegli deduzione, che di 2,000 lire; non essendogli stato imposto l'obbligo di far prededurre le 4,000 lire, se non nel caso in cui, trovandosi solo erede di sua madre, si fosse fatto luogo alla ripresa del totale in di lui profitto per la mancanza o per la rinunzia de' figli del primo letto. Aggiugnete, che le due parti della convenzione, quella in cui è stata stipulata la ripresa colla deduzione di una somma di 4,000 lire, e quella nella quale è stata stipulata senza deduzione pei figli, che nasceranno dal matrimonio, debbono conciliarsi ed avere ciascuna il suo effetto; ma se il figlio del primo letto fosse obbligato a fare sulla sua porzione di ripresa, la deduzione in favore del marito di tutte le 4,000 lire, il figlio del secondo letto, che con tal mezzo troverebbesi avere nella eredità di sua madre 4,000 lire di più del primo, sarebbe obbligato, per legge di collazione, di compensare il figlio del primo letto di due mila lire, metà della detta somma; e con tal mezzo, la clausola, con cui è stata stipulata in di lui favore la ripresa senza deduzione, non avrebbe alcun effetto, e non gli servirebbe in conto alcuno, poichè verrebbe ad esser gravato per questa deduzione come il figlio del primo letto. Ciò deve far rigettare la prima opinione e la quarta, la quale non è che una conseguenza della prima, e che non n'è differente, se non perchè evita il giro, che avrebbe luogo nella prima.

Non devesi neppure seguire la terza opinione, la quale, per dar troppo effetto alla parte della clausola in cui è stipulata la ripresa senza alcuna deduzione pe' figli, che nascerebbero dal matrimonio, distrugge totalmente l'altra parte, in cui è stato gravato il figlio del primo letto di una deduzione di 4,000, privando il marito di questa deduzione rapporto anco al figlio del primo letto, che n'è stato espressamente gravato; perchè, dicesi, la deduzione, che il figlio del primo letto facesse, in forza della legge di collazione, reagirebbe contro quello del secondo letto, contro le parole della clausola, che gli accorda la ripresa senza alcuna deduzione. Questa opinione mi sembra viziosa in ciò, ch' ella non concilia le due parti della clausola, che debbono avere e l'una e l'altra la loro esecuzione; se quella che concerne i figli del secondo letto ha la sua esecuzione, deve anche aver la sua quella che concerne la deduzione della quale è gravato il figlio del primo letto: essa non l'ha nella terza opinione. Ma nella seconda, che noi abbiamo abbracciato, si conciliano ambedue le parti della convenzione; quella che concerne la deduzione della somma, di cui è gravato il figlio del primo letto verso il marito, ha la sua esecuzione, perchè esso gli fa questa deduzione per la stessa parte, che ha nella ripresa; quella che concerne il figlio del secondo letto per cui è stata stipulata la ripresa senza alcuna deduzione, ha pure la sua esecuzione, perchè non vien fatta alcuna deduzione della parte che questo figlio ha nella ripresa. È vero che il figlio del secondo letto è gravato indirettamente d'una parte della deduzione in ciò che in forza della legge di collazione è obbligato a compensare il figlio del primo letto di una somma di 1,000 lire, metà delle 2,000 che trovasi avere più di esso; ma questa collazione è una cosa estranea di cui il marito non è risponsabile.

Acciocchè la clausola di ripresa senza alcuna deduzione, abbia il suo effetto, basta che non sia stata fatta alcuna deduzione al marito sulla somma di 4,000 lire per la parte, che il figlio del secondo letto ha avuto nella ripresa; il figlio del secondo letto ne profitta in ciò, che s' egli fosse stato assoggettato alla deduzione come quello del primo letto, ne sarebbe stato gravato per 2,000 lire; invecechè non essendo stato assoggettato alla deduzione, esso non ne viene gravato, che per 1,000 lire.

Osservate, che se nel caso proposto il figlio del secondo letto avesse rinunziato alla eredità di sua madre, trovandosi così solo erede quello del primo sarebbesi fatto luogo al diritto di ripresa pel totale in favore di questo figlio del primo letto, il quale per conseguenza dovrebbe fare la deduzione dell'intiera somma di 4,000 li-

re al marito. *Contra vice versa*: se in forza della rinunzia del figlio del primo letto, fosse solo erede quello del secondo, il marito non avrebbe alcuna deduzione da pretendere, essendo stata stipulata pel figlio del secondo letto la ripresa senza alcuna deduzione.

406. Non possono esser comprese nella stipulazione fatta dalla moglie a profitto di qualche suo erede altre cose fuor di quelle, alle quali questo erede ha diritto di succedere. Ecco un esempio di questa massima: in un contratto di matrimonio è detto, che *la futura, i suoi figli, suo padre e sua madre, rinunziando alla comunione, ripiglieranno tutto ciò, ch'essa vi ha conferito, e tutto ciò che ci avrà fatto entrare per eredità, donazioni e legati, che le fossero pervenuti durante il matrimonio*; ed in un'altra clausola è detto, che le eredità tanto mobiliari quanto immobiliari, le quali perverranno a ciascun conjuge, durante la comunione, vi entreranno. Essendo avvenuta la dissoluzione della comunione per la premorienza della moglie senza figli, la quale lascia suo padre per erede nei mobili ed acquisti, e de'parenti collaterali materni eredi ne'beni proprj materni; trovandosi la comunione aggravata di debiti, i differenti eredi vi rinunziano: il padre che è compreso nella convenzione, ed a profitto del quale si è per conseguenza fatto luogo al diritto di ripresa, esercita tale diritto; egli, ripigliando, non può domandare al marito, se non i mobili che sua figlia ha fatto entrare nella comunione; i fondi, che le sono pervenuti durante il matrimonio dall'eredità di sua madre, e che in forza della clausola che le eredità sarebbero comuni, sono entrati nella comunione, rimangono al marito; il padre non può pretendere di ripigliarli, perchè non ne è erede, essendo i detti fondi beni proprj materni; e i parenti materni, che sono suoi eredi ne'beni proprj materni, non possono neppure ripigliarli, perchè i collaterali non sono compresi nella convenzione.

Diversamente sarebbe la cosa se si fosse fatto luogo al diritto di ripresa a profitto della moglie, per la morte del marito: essendo stato il diritto di ripresa, tanto dei fondi quanto de'mobili da essa conferiti in comunione, acquisito dalla moglie, essa lo trasmetterebbe nella sua eredità; cioè, il diritto di ripresa de' mobili all'erede de' mobili, e il diritto di ripresa dei fondi, che ha avuto nell'eredità di sua madre, a' suoi eredi ne' beni proprj materni.

407. La ripresa de' mobili che la moglie ha conferito o fatto entrare nella comunione, non si fa in natura; il marito o i di lui eredi, quando si fa luogo a questa ripresa, sono debitori della somma, che i detti mobili valevano quando la moglie gli ha conferiti o fatti entrare nella comunione, si sta perciò alla stima fattane quando la moglie gli ha conferiti o fatti entrare in comunione. La moglie o gli eredi, a profitto de' quali si è fatto luogo alla ripresa, hanno solamente ne' detti beni, che si trovassero in natura in tempo dello scioglimento della comunione, un privilegio sopra tutti gli altri creditori del marito pel pagamento della somma dovuta per la ripresa.

408. Quando la moglie abbia conferito in comunione, o abbia fatto entrare de' crediti, il marito è debitore verso la moglie, che ha stipulato la ripresa, o verso i di lei eredi compresi nella convenzione, non solo delle somme, che ha effettivamente ricevute dai debitori, ma di tuttociò ch'egli ha dovuto riceverne: a meno che non faccia costare, che, non ostanti le premure da esso usate contro i debitori, non abbia potuto farsene pagare. Invano opporrebbesi che il marito ha diritto di dissipare i beni della comunione; perchè la massima soffre un' eccezione riguardo a quelli dei quali la moglie ha stipulato la ripresa, nel caso in cui vi fosse luogo a tale ripresa.

409. Riguardo ai fondi, che la moglie ha conferito o fatto entrare nella comunione, quando trovansi in possesso del marito o nella sua eredità in tempo dello scioglimento della comunione, che ha luogo alla ripresa, la moglie o i di lei eredi debbono riprenderli in natura.

Se si trovassero deteriorati pel fatto

o per colpa del marito, in questo caso egli è tenuto, come ogni altro debitore di cose determinate, della stima delle deteriorazioni. Se all' opposto il marito avesse fatto dei miglioramenti; quando gli avesse fatti con espresso consenso della moglie, egli dovrebbe essere compensato di quanto hanno costato; quando egli non giustificasse di averli fatti con espresso consenso della moglie, si dovrebbe anche in questo caso dare a lui un compenso del maggior valore del fondo, o almeno permettergli di toglier questi miglioramenti rimettendo il fondo nello stato in cui era prima.

410. Se il marito, durante la comunione, abbia alienato i fondi, che la moglie vi ha conferiti, la moglie, che ripiglia ciò che vi ha conferito, non può rivendicarli contro gli acquirenti; la clausola di ripresa deve conciliarsi con quella di mobilizzazione. L' intenzione delle parti nella clausola di mobilizzazione, essendo principalmente di dare al marito la facoltà di disporre dei fondi mobilizzati da sua moglie e di convertirli in danaro quando egli ne avrà di bisogno, la clausola di ripresa, la quale devesi conciliare con quella, non deve privare il marito di tale facoltà: quindi allorchè il marito usa del diritto, ch'egli aveva di vendere i fondi mobilizzati da sua moglie, il diritto di ripresa appartenente alla moglie deve in questo caso convertirsi nel diritto di riprendere la somma, che i detti fondi valevano nel tempo che il marito gli ha alienati.

Quando il marito gli abbia venduti senza frode, la somma, per la quale esso gli ha venduti, viene riputata essere il valore de'fondi, e la ripresa è dovuta su questa somma. Ma se apparisce che il marito abbia venduto i fondi a vile prezzo, per frandarne la ripresa, sia per gratificare l'acquirente, sia ricevendo segretamente da lui dei danari di buon ingresso, la moglie, che usa della facoltà di ripresa, non è in questo caso obbligata ad attenersi al prezzo fissato nel contratto, e può domandarne la ripresa secondo la stima che ne sarà fatta.

Parimenti, se il fondo mobilizzato era in cattivo stato quando è stato venduto, allorchè la moglie o i di lei eredi verranno a ripigliarlo, possono pretendere il compenso di ciò, che sarebbe stato venduto di più, se fosse stato nello stato in cui il marito doveva tenerlo.

Quantunque la clausola di ripresa non debba privare il marito della facoltà di alienare i beni proprj mobilizzati di sua moglie, nondimeno, siccome ciò potrebbe essere richiamato in dubbio, è cosa prudente, per togliere ogni difficoltà, di far uso della clausola indicata dall' autore de'*Contratti di Matrimonio*: *che il futuro sposo potrà liberamente disporre di tutto ciò, ch' è mobilizzato, salvo che nel caso di ripresa si avrà azione sopra i beni della comunione o del marito, per lo prezzo.*

411. La moglie, la quale ripiglia ciò, che ha conferito nella comunione, deve ella dedurre i suoi debiti che aveva in tempo del suo matrimonio? Lebrun, *ibid.*, n. 58, decide arditamente, che se non v' ha una clausola di separazione di debiti nel contratto di matrimonio, il marito o i suoi eredi debbono restituire alla moglie, che ripiglia, tutto l' attivo, ch' essa vi ha conferito, e che non solo egli non può fare alcuna deduzione dei debiti della moglie, ch' egli ha pagato, ma ch' è tenuto di pagar quelli, che non sono ancora pagati. Questa opinione di Lebrun è evidentemente ingiusta: nella convenzione che accorda alla moglie, che rinunzia alla comunione la ripresa di ciò, ch' essa vi ha conferito, non le si accorda che di ripigliare ciò, ch' essa ha conferito *effettivamente*: ora, la moglie conferendo nella comunione l'universalità de'suoi beni mobili, non vi conferisce in effettivo, se non ciò che rimane, deduzion fatta de'suoi debiti mobiliari, che ne sono un peso: *cum bona non intelligantur nisi deducto aere alieno*; essa non deve dunque ripigliare, che previa la deduzione dei detti debiti, altrimenti ripiglierebbe più di quello che vi avrebbe conferito.

Così non sarebbe, se non si trattasse di riprender l' universalità dei beni conferiti in comunione dalla moglie, ma di una determinata somma o di alcune cose. Per esempio, se fos-

se detto, *la futura sposa in caso di rinunzia alla comunione ripiglierà la somma di* 6,000 *lire invece di ciò che avrà conferito*, oppure, *ripiglierà l'argenteria*, *che vi ha conferito*; non v'ha dubbio che nell'uno e nell'altro caso la moglie debba riprendere, senza alcuna deduzione, sia la somma di 6,000 lire, sia il valore dell'argenteria che ha conferito in comunione.

412. Quando una moglie ha conferito nella comunione de'mobili e qualche fondo, ch'essa ha mobilizzato, la ripresa, che ella ne stipula in caso di rinunzia alla comunione, forma, quando vi si fa luogo, un credito, che è mobiliare in ragione de' mobili, che sono stati conferiti, ed immobiliare in ragione del fondo che è stato mobilizzato: quindi se per la premorienza della moglie si è fatto luogo al diritto di ripresa a profitto di un figlio, che muore poco dopo, il diritto di ripresa, nell'eredità di questo figlio è, in ragione dei mobili conferiti nella comunione, un credito mobiliare al quale succede il marito debitore di tale ripresa, come erede de' mobili di suo figlio, e di cui per conseguenza si fa confusione ed estinzione; ma la ripresa del fondo, ch'è stato mobilizzato, essendo un credito immobiliare, è, per rapporto al detto fondo, nell' eredità del figlio, una proprietà materna a cui succedono gli eredi de' beni proprj materni di questo figlio, i quali nella loro qualità hanno diritto di ripigliare il fondo mobilizzato.

ARTICOLO VII.

Della convenzione di anteparte.

413. Chiamasi anteparte in materia di comunione, ciò che il superstite ha diritto di prelevare sopra i beni della comunione, in tempo, che se ne fa la divisione. Vi hanno due specie di anteparte, la legale cioè, e la convenzionale.

§ 1. *Dell' anteparte legale.*

414. L'anteparte legale è il diritto che molti Statuti accordano al superstite di due conjugi nobili, di prelevare nella divisione, che ha da farsi della loro comunione, i beni mobili dipendenti dalla loro comunione sotto certe condizioni.

Lo Statuto di Parigi è nel numero di quelli, che accordano questa anteparte al superstite nobile. Ecco come esso si spiega nell'*art.* 238: « Quando uno di due conjugi nobili, domiciliati tanto nella città di Parigi quanto fuori, e vivendo nobilmente, premuore, è in facoltà del superstite di prendere ed accettare i mobili, che sono fuori della città e de'subborghi di Parigi, senza frode; nel qual caso egli è tenuto di pagare i debiti mobiliari e le esequie e funerale del defunto, secondo la sua qualità, se non vi sono figli; e si vi sono figli, dividono per metà ».

Lo Statuto di Parigi differisce dagli altri Statuti, che accordano questa anteparte, in ciò che quello di Parigi vi fa entrare soltanto i mobili i quali sono fuori della città e de' subborghi di Parigi, mentrechè gli altri vi fanno entrare indistintamente tutti i mobili. Il nostro Statuto di Orleans non accorda alcuna anteparte.

415. Bisogna che concorrano cinque cose, onde si faccia luogo ad anteparte legale.

Bisogna 1.° che i conjugi abbiano il loro domicilio sotto uno Statuto, che accordi quest' anteparte. La ragione è, che non avendo i mobili alcuna situazione, essi non possono esser retti, che dalla legge la quale regge le persone cui appartengono, quale è quella del loro domicilio.

È egli al tempo del matrimonio, che i conjugi debbono avere il loro domicilio sotto uno Statuto, che accordi quest' anteparte, o devesi riguardare al tempo della morte di uno de' conjugi?

Pel tempo del contratto di matrimonio, dicesi, che la legge del domicilio, che il marito aveva in tempo del contratto o in mancanza del contratto in tempo della celebrazione del matrimonio, è quella, che regola la comunione, come l' abbiamo veduto *supra*. Le parti vengono almeno riputate essere virtualmente convenute di stabilire tra di loro una comunione di beni tal quale lo Statuto di questo domicilio la stabi-

lisce, quando la regola *in contractibus tacite veniunt ea quae sunt moris et consuetudinis*: esse vengono riputate essere virtualmente convenute di comporla delle cose delle quali questo Statuto la compone, di dividerla nel modo che esso prescrive; e per conseguenza si reputa esser convenute dell'anteparte, che desso Statuto accorda al superstite nobile in tempo di questa divisione; esse adunque non possono più, trasferendo il loro domicilio altrove, derogare a questa convenzione, ed il superstite dei due conjugi nobili maritati sotto lo Statuto, che accorda quest' anteparte, deve averla, quantunque in tempo dello scioglimento della comunione egli abbia il suo domicilio sotto un altro Statuto, che non l' accordi. *Contra viceversa*: se in tempo del matrimonio, il marito fosse domiciliato sotto uno Statuto, che non accordi quest' anteparte, il superstite non può pretenderla, quantunque in tempo dello scioglimento della comunione egli sia domiciliato sotto uno Statuto che la accordi; riputandosi che le parti abbiano stabilito la loro comunione secondo lo Statuto, sotto cui era il marito in tempo del matrimonio, il quale Statuto non l' accorda.

Al contrario, pel tempo della premorienza dicesi, che la disposizione degli Statuti, che accordano i mobili al superstite di due conjugi nobili, non ha per oggetto principale la materia della comunione, ma piuttosto una specie di profitto di sopravvivenza, che esso deferisce al superstite di due conjugi nobili, su i mobili del predefunto: essendo questo profitto di sopravvivenza deferito al superstite per essere premorto l' altro, basta che le parti sieno rette dallo Statuto, che lo deferisce nel solo tempo, che questo premuore.

Tale è il parere di Lebrun, *Trattato della Comunione*, *l.* 3, *cap.* 2, *sez.* 1 e 4, *n.* 26, e del suo comentatore, *ibidem*; di Bacquet, *Trattato dei Diritti di Giustizia*, *cap.* 21, *n.* 75; di Lemaître, *sopra Parigi*, ec.

416. Quando nel contratto di matrimonio di un nobile orleanese con una damigella di Chartres, sia detto, che vi sia comunione tra i conjugi secondo lo Statuto di Chartres, a cui le parti si sottomettono, questa convenzione basta ella perchè il superstite domiciliato in Orleans, il di cui Statuto non accorda alcuna anteparte, possa pretender quella, che lo Statuto di Chartres accorda al superstite nobile? Questa questione dipende dalla precedente: se la disposizione dello Statuto di Chartres, il quale accorda i mobili al superstite di due conjugi nobili, fosse riputato avere per oggetto principale la materia della comunione, e di regolare come debba farsene la divisione in tempo del suo scioglimento, in tal caso le parti dichiarando, che per la loro comunione si sottomettono allo Statuto di Chartres, dovrebbe riputarsi essere implicitamente convenute tra di esse di ciò, che è stabilito in questa disposizione, ed il superstite, in virtù di questa convenzione, potrebbe pretendere tutti i mobili; ma se, al contrario, secondo l' opinione più autorizzata, questa disposizione la quale accorda tutti i mobili al superstite, quantunque inserita sotto un titolo, che tratta della comunione, non abbia però per oggetto principale la materia della comunione, ma piuttosto una specie di profitto di sopravvivenza, ch' essa deferisce al superstite di due conjugi nobili, le parti, in questo caso, sottomettendo la loro comunione allo Statuto di Chartres, non sono riputate essere perciò convenute di quanto viene stabilito con questa disposizione; ed il superstite, che al tempo in cui è premorto il conjuge non abbia il suo domicilio sotto lo Statuto di Chartres, non può profittare della disposizione di questo Statuto, non ostante la sottomissione stabilita nel contratto di matrimonio allo Statuto di Chartres, rapporto alla comunione.

417. Bisogna in secondo luogo che i conjugi sieno nobili. Osservate, che la vedova di un marito nobile la quale gli sopravviva, quantunque sia di oscuri natali, pure viene ammessa a questa anteparte de'nobili: imperciocchè, maritandosi con un uomo nobile, ella ha partecipato alla nobiltà del marito. *Contra viceversa*: Una moglie nobile, che sopravviva ad un ma-

rito ignobile, non è ammessa a questa anteparte; quantunque, allorchè si scioglie il matrimonio, essa ricuperi la sua nobiltà, che durante il suo matrimonio non era che ecclissata. La ragione è, che gli Statuti richiedono la nobiltà non solo nella persona del superstite, ma in tutte e due. Lo Statuto dice, *quando uno dei due conjugi nobili.*

È egli d' uopo, che i conjugi fossero nobili in tempo, che hanno contratto il loro matrimonio, o basta egli che lo sieno in tempo della premorienza? Questa questione dipende pure dalle precedenti. Se decidesi nelle questioni precedenti, che quest' anteparte non nasce da alcuna convenzione, almeno virtuale, tra i conjugi intervenuta quando contrassero il loro matrimonio, ma che sia un semplice profitto di sopravvivenza della parte de' mobili del predefunto, che lo Statuto deferisce al superstite, devesi decidere in questa questione, che basta che i conjugi sieno nobili in tempo della premorienza di uno di essi, che dà luogo a questa specie di profitto di sopravvivenza in vantaggio del superstite.

418. Bisogna in terzo luogo, che vi sia comunione di beni tra i conjugi la quale sussista quando l' uno premuore. Così si scorge dall' *art.* 131 dell' antico Statuto di Parigi: *tra nobili, quando l' uno dei due conjugi passa da vita a morte, può il superstite, se lo crede opportuno, prendere i mobili e i crediti rimasti dopo la sua morte e che* COMUNI *erano tra di loro, e de' quali godevano in tempo di tal morte.* Quantunque queste parole, *e che comuni erano*, non trovinsi nello articolo del nuovo Statuto, pure debbono esservi sottointese, non essendo state omesse, che per amore di brevità; nè apparendo dal processo verbale che abbiasi voluto fare innovazione a questo riguardo. D' altronde prendendo l' articolo del nuovo Statuto tal quale è concepito, pare che sia nella specie di una comunione sussistente in tempo della premorienza, poichè è detto in fine di questo articolo, che i mobili, *se vi sono figli, si dividono per metà.*

Non havvi dunque luogo a questo profitto di sopravvivenza, 1.° quando nel contratto di matrimonio siavi esclusione di comunione, 2.° quando, essendo stata sciolta la comunione per una separazione, essa più non sussistesse in tempo della premorienza.

419. Havvi ei luogo in caso di rinunzia alla comunione? Egli è evidente, che quando il marito sia sopravvissuto, la rinunzia alla comunione fatta dagli eredi della moglie fa cessare questo profitto di sopravvivenza; imperciocchè col mezzo di questa rinunzia, la moglie predefunta non ha alcuna parte ne' mobili della comunione, che possa esser deferita al marito superstite; egli ritiene per parte sua il totale, *jure non decrescendi.*
» Quando sopravvive la moglie, Lebrun, *ibid.*, n. 28, decide, che s' ella rinunzia alla comunione, non può pretendere questo profitto di sopravvivenza; tale pure è il parere di Duplessis. La ragione è che, quando una moglie ha rinunziato alla comunione, si reputa che essa non vi abbia giammai avuto alcuna parte; tutti i beni della comunione restano al marito, *jure non decrescendi*, e si reputa non essere giammai stati comuni; la moglie adunque, la quale rinunzia, non può pretendere questi mobili; imperciocchè gli Statuti non deferiscono al superstite l' eredità, che de' mobili comuni tra il predefunto e lui.

420. È d' uopo in quarto luogo, che non sianvi figli. L' *art.* 238 dello Statuto di Parigi dice espressamente, *purchè non sianvi figli, e se ven'ha dividono per metà.*

Queste parole comprendono i nipoti *ex figlio*; un figlio del predefunto di qualsiasi grado, fa mancar questa condizione, *purchè non sianvi figli*; *l.* 1, Cod. *condit. insert. etc.*, e per conseguenza esclude il superstite.

Un postumo, che nasce vivo ed a termine giusto, fa pur mancare questa condizione: *Si quis praegnantem uxorem reliquit, non videtur sine liberis decessisse*; *l.* 187, ff. *de reg. jur.*, *intelligendus est (enim) mortis tempore fuisse qui in utero relictus est*; *l.* 153, ff. *de verbor. signif.*

421. Acciocchè il superstite sia escluso dai figli o figlio del predefunto, non importa che sieno figli co-

muni, o figli, che il premorto abbia avuto da precedente matrimonio; imperciocchè avendo un eguale diritto ne' beni del predefunto, da qualsiasi matrimonio che sieno nati, essi devono avere un egual diritto di escluderne il superstite. Quindi Molineo, sopra queste parole dell' antico Statuto, dice « il che s' intende *ex quocumque ipsius matrimonio* ».

422. Soltanto i figli del predefunto, che godono dello stato civile, possono escludere il superstite; quelli, che in tempo della premorienza lo avessero perduto, sia facendo professione religiosa, sia per una condanna ad una pena capitale, venendo riputati non avere alcuna esistenza nella società civile, non possono avere il diritto di escludere il superstite.

Se il figlio, che il predefunto ha lasciato, non fosse stato condannato ad una pena capitale, senonchè in contumacia, in forza di una sentenza eseguita prima della morte del predefunto, il diritto del superstite resterebbe sospeso; se egli morisse dopo i cinque anni, senza essere comparso, ei sarebbe considerato morto civilmente fin dal tempo dell' esecuzione della sentenza, e per conseguenza non avrebbe potuto far ostacolo al superstite; all' opposto, s' egli fosse morto nei cinque anni, essendo in questo caso annullata la sentenza pronunziata contro di lui, si riputerebbe essergli stata deferita l' eredità del defunto, ed egli avrebbe escluso il superstite.

423. Se il predefunto non abbia lasciato che un figlio, il quale sia stato da lui diseredato per una giusta causa, questo figlio, quantunque diseredato, fa egli mancare la condizione, *purchè non sianvi figli?* Si può citare per l' affermativa la legge 114, § 13, *ff. de leg* 1, ove è detto: *quum erit rogatus, si sine liberis decesserit, fideicommissum restituere, conditio defecisse videbitur si patri supervixerint liberi; nec quaeritur an haeredes extiterint.* Per la negativa si può dire, al contrario, che lo Statuto con queste parole, *purchè non sianvi figli*, non ha inteso parlare, che de' figli capaci di succedere al predefunto, poichè non ha apposto questa condizione, se non perchè ha voluto preferire al superstite i figli del predefunto per la parte, ch' esso predefunto aveva ne' mobili comuni; ma non ha inteso di preferirgli se non quelli, che erano capaci a succedervi e non quello, che n' è stato reso incapace per la diseredazione.

424. Non è lo stesso del figlio, che abbia rinunziato all' eredità del predefunto; per far mancare la condizione, *purchè non sianvi figli*, basta, che il predefunto abbia lasciato un figlio a cui sia stata deferita l' eredità, ed abbia potuto raccoglierla.

425. Quando il predefunto non abbia lasciato figli, quelli, che il superstite avesse avuti da un precedente matrimonio, fanno essi mancare la condizione, *purchè non sianvi figli?* È strana cosa che Lebrun, *ibid.*, n. 31, e Duplessis propongano questa questione, e lo è anco più che la decidano affermativamente: egli è all' opposto di estrema evidenza, che questa condizione non possa essere intesa, che pe' figli del predefunto, che sono i soli a favore de' quali abbia potuto essere apposta, non avendo quelli del superstite alcun interesse nella disposizione di questo articolo. L'*art.* 131 dell' antico Statuto se ne spiegava formalmente; esso diceva *purchè non sianvi figli del defunto*; se queste parole *del defunto* non trovansi più nel nuovo Statuto, ciò è perchè sono state levate come superflue; desso fa d' altronde abbastanza capire, che non parla se non de' figli *del defunto*, con ciò che segue, *e se vi sieno figli dividono per metà*; mentre quelli del superstite non hanno a dividere cosa alcuna con lui. La sola ragione, che Lebrun e Duplessis allegano in favore della loro opinione, è che questa anteparte, dicono essi, deve essere eguale e relativa, come la donazione scambievole, ma su di che è ciò fondato?

426. Finalmente bisogna in quinto luogo, che nel contratto di matrimonio le parti non abbiano rinunziato a questa anteparte, che gli Statuti accordano a' superstiti nobili: questa convenzione è lecitissima; si può validamente rinunziare alle disposizioni delle leggi, che non concernono se

non l' interesse de' particolari, che vi rinunziano; *l.* 31, ff. *de pact.*

427. Le parti, che nel loro contratto di matrimonio convengono di una anteparte, che il superstite avrà, vengon esse riputate per ciò solo rinunziare all'anteparte legale? No; ma, dirassi, convenire in un contratto di matrimonio, che il superstite avrà per anteparte de' mobili della comunione fino alla concorrenza di una determinata somma, è convenire, ch'egli non ne prenderà di più, e per conseguenza non prenderà il totale dei detti mobili, che gli Statuti deferiscono al superstite. Io rispondo con una distinzione; convenire che il superstite prenderà, a titolo di anteparte convenzionale, de' mobili della comunione fino alla concorrenza di una determinata somma, è convenire, ch' egli non ne prenderà oltre questa somma; io distinguo: concedo, che sia convenire, che non ne prenderà oltre questa somma a quel titolo; ad altro titolo poi, nego: ora la disposizione dello Statuto, che dà al superstite di due conjugi nobili il diritto di prendere tutti i mobili della comunione, gravandosi dei di lei debiti, è un titolo totalmente differente dal titolo, che forma la convenzione dell' anteparte fissata nel contratto; la disposizione dello Statuto è un vantaggio, che la legge fa al superstite; esso è un titolo universale a cui è annesso il peso dei debiti della comunione; al contrario, il titolo, che risulta da una convenzione di anteparte fissata in un contratto di matrimonio, è un vantaggio, che i conjugi si fanno reciprocamente: esso non è un titolo universale, nè perciò un titolo a cui sia annesso il peso di pagare i debiti, nè alcun altro obbligo.

428. Dopo aver veduto quali sieno le cinque cose, che debbono concorrere, acciocchè siavi luogo all'anteparte legale, che molti Statuti accordano al superstite di due conjugi nobili, ci resta a vedere quali sieno le cose nelle quali consista, e quali ne sieno i pesi.

Essa consiste ne' mobili della comunione, che trovansi in tempo, che uno premuore; questi Statuti danno al superstite la parte, che il predefunto vi aveva.

Tutti questi Statuti, ad eccezione di quello di Parigi, danno al superstite i mobili senza alcuna riserva; quello di Parigi ne eccettua quelli, che trovansi nella città di Parigi e ne' sobborghi in tempo della premorienza: esso si esprime così nell' art. 238: *è in facoltà del superstite di prendere ed accettare i mobili, che sono fuori della città e de' sobborghi di Parigi, senza frode.*

La ragione di questa eccezione viene apparentemente da ciò, che avendo il lusso incominciato in Parigi prima, che si estendesse nelle provincie, si è creduto, che i mobili, che le persone residenti in Parigi vi avevano, fossero sovente di un prezzo troppo alto per gratificarne il superstite in pregiudizio degli eredi del predefunto. Perciò lo Statuto ha voluto, che il superstite di due conjugi nobili, senza figli, non avesse *che i mobili i quali fossero posti fuori della città di Parigi e de' sobborghi, senza frode.*

Queste parole, *senza frode*, cadono sopra i mobili, che usavasi di lasciare in Parigi e che il superstite non aveva fatto trasportare altrove, se non colla mira di profittarne quando premorisse l' altro conjuge; il che presumesi quando ne sieno stati trasportati durante l' ultima malattia del predefunto.

429. Si è agitata la questione, se ad eccezione de' mobili corporali, che trovansi in Parigi in tempo della morte del predefunto, e di quelli, che fossero stati trasportati in frode, lo Statuto dia generalmente al superstite tutti gli altri beni mobili della comunione, gl' incorporali, come sarebbero i crediti mobiliari, ed i mobili corporali. Lebrun, *ibid.*, n. 41 e 42, Auzanet, Duplessis e Lemaître pensano, che lo Statuto non accordi al superstite, se non i mobili materiali e corporali, fra i quali comprendono il danaro contante, che trovasi fuori di Parigi, e che non gli accordi i crediti mobiliari. Questi autori si fondano sopra queste parole dell' *art.* 238, *che sono fuori della città ec.* Queste parole, *che sono*, diconsi essi, designano i mobili, che sono in luogo, e non si possono per conseguenza applicare ai mobili incorporali, i quali non sussistono, che nell' intelletto, e non sono in ve-

suo luogo Lebrun aggiunge, che in diritto, i diritti e i beni incorporali fanno una terza specie di beni distinta da'beni incorporali e da'fondi, *l.* 15, § 2, *ff. de re judic*, nè debbono per conseguenza essere compresi nella parola di mobili. Nondimeno Molineo, trattando questa questione sopra l' *articolo* 116 dell' antico Statuto di Parigi concepito negli stessi termini dello *art.* 238 del nuovo, dopo aver riportato per motivi di dubitare quelli su i quali Lebrun fonda la sua opinione, decide, che lo Statuto comprenda non solo i mobili materiali e corporali, ma anche gl' incorporali, cioè i crediti mobiliari.

Molineo si spiega sopra questa questione in una maniera troppo energica; perlochè riportiamo le sue proprie parole: « Rimane una difficoltà, dice egli, se il superstite abbia solamente i mobili materiali e corporali che sono fuori della città e dei sobborghi, senza frode, senza che possa pretendere cosa alcuna ne' crediti attivi, comunque procedano da cose, che sono fuori della città; egli è ben chiaro, *quod in terminis juris appellatione mobilium simpliciter, non veniunt nomina l. A. D.* Pio ff. *de re judic.*; meno poi, *quando additur circumstantia quae non congruit nominibus, prout situs loci*, come *ibi*, mobili, che sono fuori della città; ma adesso vi è un' altra ragione: imperciocchè gli Statuti di Francia non sono Statuti d' Italia, nè si restringono *ad modum, loquendi et intelligendi juris romani*, ma si estendono *secundum modum loquendi et utendi* di Francia, e degli Statuti i quali, disponendo de' mobili, comprendono anche i crediti mobiliari, *etiam alio non addito* ».

Molineo dopo aver ciò provato con esempj aggiunge, « *quanto fortius*, quando vi è obbligo espresso di pagare i debiti mobiliari; imperciocchè ciò mostra bene, *per locum et argumentum a correlativis*, che sotto questa parola vengono i crediti; diversamente non anderebbe bene, che pagasse i debiti, il che sarebbe contro la regola e la ragione naturale ed immutabile *de qua* in L. *secundum naturam* ff. *de reg. jur.* ».

Questo argomento di Molineo mi sembra fortissimo; essendo il peso dei debiti, imposto al superstite dallo Statuto, un peso dell' universalità de'mobili, il quale comprende gl' incorporali e i corporali, mostra bastantemente, che colla parola di *mobili* s' intende questa universalità, la quale comprende gl' incorporali e i corporali, che lo Statuto ha inteso di deferire al superstite.

Aggiugnete che l' *art.* 131 dell'antico Statuto di Parigi si era formalmente spiegato sopra i crediti: ivi si è detto: *tra nobili, quando l' uno dei due conjugi passa da vita a morte, può il superstite prendere i mobili e i crediti rimasti dopo la morte.* Se nell' *art.* 238 del nuovo Statuto, in cui si è riunito questo articolo 131, che riguardava i nobili domiciliati sotto la giurisdizione dello Statuto di Parigi, ma fuori della città, e il 116, che riguardava i nobili cittadini di Parigi, non si trovano queste parole *e i crediti*, si può dire, che non sieno state levate come superflue, che per brevità; essendo bastantemente compresi sotto la parola generale di mobili.

430. L' anteparte legale comprende non solo i crediti, che la comunione ha contro terze persone, ma comprende anco quelli, che ha contro de' conjugi. Supponiamo, per esempio, che il superstite fosse debitore verso la comunione di un compenso di 20,000 lire per altrettante prese da essa, sia per spese fatte sopra fondi di sua proprietà, sia per pagare i suoi debiti mobiliari anteriori al matrimonio ed esclusi dalla comunione con una clausola di separazione di debiti, sia per altre cause; e che fatto il conguaglio della detta somma di 20,000 lire con una di 12,000, alla quale io suppongo che ammontino i crediti, che il superstite ha contro la comunione per ciò che deve riprendere, trovasi detto superstite debitore ancora di una somma di lire 8,000; accettando l' anteparte legale, esso viene assoluto da questo residuo di 8,000 lire, e se ne fa confusione; imperciocchè il credito, che la comunione aveva contro di lui pel residuo, essendo un bene mobiliare della comunione, esso entra nell' anteparte legale.

431. Riguardo all' eccezione, che lo Statuto di Parigi fa de' mobili di Parigi, Molineo osserva benissimo, che devesi in questa eccezione comprendere non solo i mobili corporali, che sono in Parigi, ma anche i crediti, che procedessero da cose, che sono in Parigi; come, per esempio, le pigioni, che si trovassero esser dovute nel tempo che un conjuge premuore; de' profitti di censi, che sono nella città e ne' sobborghi di Parigi.

432. Se de' conjugi parigini usassero di trasportare nella loro campagna, quando vi vanno a stare per un certo tempo dell' anno, alcuni de' loro mobili di Parigi, *puta* la loro *argenteria*, e di riportarla seco quando vi ritornano; accadendo che l' uno di essi premuoja mentre è in campagna, questa argenteria, che vi si trova, potrebbe ella esser pretesa dal superstite? La ragione di dubitare è, che dessa trovasi senza frode fuori di Parigi, mentre il superstite, il quale non prevedeva la morte dell' altro conjuge, non l' aveva portata fuor di Parigi in frode e coll' intenzione di profittarne: la ragione di decidere al contrario, che questa argenteria non possa essere pretesa dal superstite è che, essendo solito di tenerla in Parigi dove non è stata trasportata, che colla intenzione di riportarvela, per la sua destinazione essa è un mobile di Parigi, e per conseguenza nel caso dell' eccezione. Ciò è fondato sopra questa regola di diritto: *rebus quae in fundo sunt, accedunt etiam quae tunc non sunt, si esse solunt*; *l.* 78, § 7, *ff. de leg.* 3.

Diversa sarebbe la cosa rapporto all' argenteria, che i conjugi fossero soliti di lasciare in campagna sotto la guardia di un custode, quando se ne ritornano a Parigi: non v' ha dubbio che questo sia un mobile, *che è fuori della città di Parigi*, che perciò non può essere contrastato al superstite.

Quando anche si fosse fatto venire a Parigi qualche pezzo di quest' argenteria, *puta*, per farlo accomodare, con intenzione di rimandarlo in campagna, quantunque si trovasse in Parigi in tempo della morte, pure non si potrebbe contenderlo al superstite, mentre questa cosa non trovasi in Parigi che per accidente; quindi esso non è un mobile di Parigi, ma è per destinazione un mobile, *che è fuori della città di Parigi*.

Lo stesso è pure quando de' conjugi sieno venuti a Parigi coi cavalli che servono alla coltura della loro terra; quantunque sia avvenuta la morte di uno dei detti conjugi subito che furono di ritorno in Parigi, prima che ne sieno stati rimandati i cavalli non trovandosi questi cavalli in Parigi, che per accidente, sono riputati mobili di campagna, *che sono fuori della città di Parigi*, in forza della loro destinazione, nè si può per conseguenza contenderli al superstite.

433. Quando un Parigino dopo avere fatto incetta di quadri di molto valore per ornarne il suo palazzo di Parigi, venga a perder sua moglie, mentre i quadri sono ancora in viaggio, potrà egli pretenderli come mobili, che sono fuori della città di Parigi? Io credo di sì; imperciocchè, quantunque fossero destinati *per Parigi*, non vi erano ancora: quando si trasportano de' mobili da Parigi in un altro luogo coll' intenzione di farveli riportare, tale destinazione loro conserva, è vero, la qualità *di mobili di Parigi*, che avevano di già; ma la destinazione non può dare a' mobili la qualità di mobili di Parigi prima, che vi sieno arrivati. *Ved. sop. n.* 39

434. I mobili del predefunto, che gli Statuti accordano al superstite di due conjugi nobili, sono solamente quelli della loro comunione: molti Statuti se ne spiegano formalmente, e devesi supporre tale spiegazione in quelli, che non la fanno. L'*art.* 131 dell' antico Statuto se ne spiega formalmente: ivi è detto, *rimasti dopo la sua morte e che comuni erano tra di loro*: tali parole sono state levate nell' *art.* 238 del nuovo Statuto per brevità.

Su i mobili tanto corporali quanto incorporali, de' quali è composta la comunione, *Ved sop. cap.* 2, *sez.* 1, *art.* 1. I fondi mobilizzati non sono compresi sotto il nome di mobili.

435. Ci rimane da parlare de' pesi: l' *art.* 238 dello Statuto di Parigi di-

ce: *nel qual caso egli è tenuto di pagare i debiti mobiliari e le esequie e funerali del defunto*.

Lebrun, *ibid.*, n. 36, stima, che con queste parole il superstite sia indistintamente gravato di tutti i debiti mobiliari del defunto; non solo di quelli, che erano debiti di comunione, ma anche di quelli, che erano particolari del predefunto, *puta* per una clausola di separazione di debiti. Tal è il parere di Duplessis; Lemaitre pensa all' opposto, che il superstite per questo articolo non sia obbligato che a tener conto agli eredi del premorto dei debiti della comunione, de' quali era gravata la eredità. La di lui opinione mi sembra preferibile: non facendo lo Statuto succedere in questo articolo il superstite indistintamente nell' universalità de' beni mobili del predefunto, ma solamente nell' universalità de' beni mobili della comunione per la parte, che il predefunto vi aveva, come lo abbiamo veduto nel numero precedente, non deve presumersi, ch' egli sia stato gravato di altri debiti mobiliari, se non di quelli della comunione, che sono i soli i quali sieno a peso dell' universalità de' beni della comunione in cui egli succede al predefunto per la parte, che vi aveva; non essendo adunque tenuto il superstite che dei debiti della comunione, per natura della cosa a cui egli succede, sarebbe stato d' uopo che lo Statuto si fosse spiegato in una maniera più formale, onde potesse riputarsi, ch' egli sia tenuto degli altri; il che non avendo fatto, i debiti mobiliari, dei quali esso lo grava, debbono, *secundum subjectum materiam*, intendersi quelli della comunione.

Secondo questo principio, se l' eredità del predefunto fosse debitrice verso il superstite, *puta* di una donazione, che il predefunto gli avesse fatta di qualche somma di danaro o di cose mobili, o di compensi mobiliari, che il predefunto doveva alla comunione, non se ne farà confusione; ed il superstite, quantunque accetti l' anteparte legale, non lascerà di restarne creditore: poichè, è vero, che questi debiti sono debiti mobiliari dell' eredità del predefunto, ma non sono debiti della comunione, quali soli è tenuto di pagare alla eredità del premorto il superstite, che accetta l' anteparte legale.

436. Quantunque il credito, che il superstite ha di ripigliare i suoi danari esclusi dalla comunione con una convenzione di realizzazione, o pel reimpiego del prezzo de' suoi beni proprj, sia un debito della comunione, nondimeno esso non n' è gravato in questo articolo; ma non è per la ragione, che ne dà Lebrun, il quale dice, che ciò è *perchè la comunione non n' è che depositaria e che si prendono per distrazione e per deliberazione*. Dire che la comunione non n' è despositaria è un parlare impropriamente. Un depositario è quegli, che custodisce una cosa d' altri senza potersene servire, per poscia rimetterla a quello, che l' ha affidata alla di lui custodia. Non è in questo modo, che la comunione conserva le somme di danaro, che ciascun conjuge si è riserbato in proprietà, o che provengono dal prezzo de' suoi beni proprj alienati durante il matrimonio: queste somme vengono impiegate per affari della comunione, la quale in tempo della sua dissoluzione è tenuta a restituire altrettanto a quel conjuge cui appartengono o ai di lui eredi: la comunione adunque non è depositaria semplicemente, ma ne è veramente debitrice; i crediti, che il superstite ha per la ripresa de' danari stipulati proprj, o pel reimpiego del prezzo de' suoi beni proprj, sono veri debiti della comunione, dei quali sono debitori gli eredi del predefunto per la parte, ch' essi hanno nella comunione. Se queste riprese vengono pagate per *deliberazione* e prelevamento sopra i beni della comunione, in tempo della divisione de' beni di essa dessi non sono meno debiti della comunione; e lo sono per tal modo, che riguardo a quelli della moglie il marito o i di lui eredi ne sono obbligati verso di essa o dei di lei eredi, quando anche non vi fossero beni nella comunione per pagarli: i crediti, che il superstite ha pei suoi diritti di ripresa e pel rinvestimento del prezzo de' suoi beni proprj alienati, sono adunque veri debiti

della comunione, se, accettando i mobili, egli non li confonde, e se non è obbligato di liberarne l'eredità del defunto per la parte di cui ne è gravata. La sola e vera ragione è, che questi crediti, quantunque sieno veri crediti mobiliari, pure tra i conjugi sono riputati immobili fittizj, che il superstite, solamente gravato dei debiti *puramente* mobiliari, non è tenuto a pagare.

437. Il superstite, che prende i mobili, confonde egli l'anteparte convenzionale stipulata in suo vantaggio nel contratto di matrimonio? Lebrun, *ibid.*, *n.* 21, fa una distinzione: egli accorda che quando l'anteparte convenzionale consiste in una somma di danaro, debba il superstite confonderla: perchè in questo caso è un debito mobiliare della comunione, dal quale egli deve liberare la eredità del pedefunto per la parte della quale n'è tenuta; ma quando l'anteparte consiste in mobili, che il superstite potrà prendere fino alla concorrenza di una certa somma, questo autore pretende, che il superstite, il quale prende l'anteparte legale, non la confonda con la convenzionale, ch'egli può prendere ne' mobili, che sono in Parigi, i quali non entrano nell'anteparte legale. *La ragione*, dic'egli, *è che l'anteparte convenzionale non è* (in questo caso) *un debito mobiliare, ma una distrazione di certi mobili.*

Io rispondo ch'è falso che l'anteparte di *cose* non sia un vero debito mobiliare della comunione; non è meno un debito che l'anteparte di una somma di danaro; la sola differenza si è, che quello è un debito *quantitatis*, e che l'anteparte di *cose* è un debito *specierum*. L'anteparte di cose, egualmente che l'anteparte di una somma, nasce dalla convenzione con cui le parti contraenti si obbligano reciprocamente verso il superstite di lasciargli prelevar le cose fissate dalla convenzione, quando verrà a farsi la divisione della comunione; questa convenzione adunque forma una obbligazione: l'anteparte di cose è adunque un debito, imperciocchè debito e obbligazione è la stessa cosa. È un debito di comunione poichè deve essere pagato sopra i beni di essa; è un debito mobiliare, poichè le cose, che ne sono l'oggetto, sono cose mobili; dunque il superstite, che prende i mobili, deve confondere quest'anteparte. L'*art* 238, che lo grava di tutt'i debiti mobiliari, comprende nella generalità delle sue parole tutt'i debiti mobiliari della comunione di qualsiasi specie, tanto i debiti *specierum*, quanto i debiti *quantitatis*. Duplessis è del nostro parere.

438. L'obbligo di pagare le spese funerarie del predefunto è un obbligo, che gli Statuti hanno stimato bene d'imporre all'anteparte legale, quantunque quest'obbligo non sia della comunione, ma della eredità del premorto.

Le spese di lutto, che la moglie superstite ha diritto di esigere dagli eredi del predefunto, vengono riputate fare parte di queste spese funerarie; quindi quando essa prende l'anteparte legale, le confonde.

Alcuni Statuti gravano eziandio il superstite, che prende l'anteparte legale, di pagare i legati fatti dal predefunto, ch'essi chiamano *legati pii*; tali sono quelli che contengono delle limosine da farsi a' poveri, e quelli che son fatti alle chiese per gli uffícj e le preci: ciò deve intendersi di legati modici.

Quest'obbligo de' legati pii non ha luogo, se non negli Statuti che ne contengono una disposizione espressa: fuori di questi il predefunto non può diminuire in cosa veruna l'anteparte del superstite con disposizioni testamentarie: tocca a' soli eredi di pagarli.

439. Ci rimane una questione la quale è di sapere, se il superstite, dopo aver accettata l'anteparte in età maggiore, possa, quando faccia un inventario, liberarsi da' pesi di quest'anteparte rinunziando ed offrendo di tener conto agli eredi della loro parte, ne' beni mobili della comunione. Gli autori sono pure divisi sopra questa questione; quelli che si attengono alla negativa prendono argomento da ciò che si osserva riguardo alla custodia nobile: il custode nobile dopo che ha una volta accettato la custodia, non può più liberarsi dall'obbligazione, che ha contratto, accet-

tandola, di pagare i debiti mobiliari del minore, quantunque offra di abbandonare tutto l' emolumento della custodia, e render conto di tutto ciò, che gli è pervenuto da' beni e dalle entrate del minore. Dicesi al contrario, per l' affermativa, che v' ha una gran differenza tra l' anteparte legale e la custodia nobile. L' anteparte legale è una pura donazione, che la legge fa al superstite della porzione che il predefunto ha ne' mobili comuni, a condizione di pagar la parte, che il detto predefunto ha ne' debiti mobiliari della comunione: ora, è una massima comune a tutti i donatarj, che il donatario, quantunque abbia accettato la donazione, non ne sia tenuto dei debiti che fino alla concorrenza dell' emolumento, e che egli possa sottrarsi dai pesi, abbandonando le cose legate e rendendo conto di ciò, che ha percepito dalla donazione; il superstite adunque, che ha accettato l' anteparte legale, può, come tutti gli altri donatarii, liberarsi da' pesi inerenti alla donazione coll' abbandonarla. Allo opposto, la custodia nobile non è tanto una donazione, quanto una specie di convenzione che la legge fa pel minore, col custode che vuole accettare la custodia, per cui gli lascia le entrate de' beni, che il minore aveva nella eredità del predefunto, e, sotto alcuni Statuti, i di lui mobili, perchè alla fine della custodia il minore trovisi libero dai debiti mobiliari, riceva gli stabili in buono stato, ed abbia avuto una educazione convenevole ad un gentiluomo. Questa convenzione è una specie di cottimo, di cui il profitto, che può ritrarne il custode nobile, o la perdita che ne può fare, dipende sovente dall' evento incerto del tempo che avrà a durare la custodia: ora quando si fa una tale convenzione non si è più ammesso a sottrarsene per evitare la perdita, che vi si trova; non si può adunque prender argomento dalla custodia, che è una convenzione, per l' anteparte legale, che è una donazione.

§ 2. *Della convenzione dell' anteparte, e dell' anteparte convenzionale.*

440. È una convenzione ordinarissima nel contratto di matrimonio che il futuro sposo, in caso di sopravvivenza, avrà per anteparte sopra i beni della comunione i suoi abiti e la sua biancheria, le sue armi e i suoi cavalli s' egli *è un guerriero*, i suoi libri se *è un letterato*, ed i suoi arnesi se *è un artigiano*. Riguardo alla donna si stipula che la futura sposa avrà parimenti in caso di sopravvivenza i suoi abiti, i suoi anelli, le sue gioje.

Se vi fosse detto solamente i *suoi abiti*, non vi sarebbero compresi gli anelli e le gioje.

Queste parole, *i suoi abiti*, comprendono tuttociò che serve a coprire il corpo. La parola *gioje*, che corrisponde alla latina *ornamenta*, comprende tuttociò che serve ad ornare una donna, anzichè a coprirla: *ornamenta muliebria sunt, quibus mulier ornatur, veluti inaures, armillae, viriolae, annuli praeter signatorios, et omnia quae ad aliam rem nullam parantur, nisi corporis ornandi causa*; *l.* 25, § 10, ff. *de aur. leg.*; cioè gli orecchini, le maniglie, gli anelli, le collane, le spille da capo ed altri ornamenti simili.

L' orologio, che una donna porta alla cintola, il ventaglio, una scatola da tabacco, uno stucchio, sono pure, secondo l' uso, compresi nella parola *gioje*; e in ciò la parola *gioje* ha un poco più di estensione della latina *ornamenta*.

La toletta e tuttociò che vi appartiene, non vi è compresa: tutto ciò appartiene piuttosto ad un altro genere che i giureconsulti chiamavano *mundus muliebris*, e che distinguevano benissimo da ciò ch' essi chiamavano *ornamenta*. *Ornamenta*, dice Ulpiano, *sunt quibus mulier ornatur*; *mundus muliebris*, dice lo stesso Ulpiano, *est quo mulier mundior fit*; *d. l.* 25, § 10.

Se a queste parole, *i suoi abiti, anelli e gioje* si fossero aggiunte queste altre, *e generalmente ciò che si troverà servire ad uso della futura sposa*; la toletta sarebbe compresa sotto la generalità di queste parole, e tuttociò che ne dipende, come specchi di toletta, scatole, pomate, profumi ec.

Questa convenzione chiamasi *con-*

venzione dell'anteparte; le cose, che il superstite ha diritto di prelevare nella divisione della comunione, in forza di questa convenzione, chiamasi *anteparte del superstite*: si dà lo stesso nome ai diritti, ch' egli ha di prelevarle.

441. Questa convenzione si fa in differenti maniere; qualche volta si fa consistere l' anteparte in una determinata specie, come quando si dica, il superstite prenderà per anteparte i suoi abiti, armi e cavalli; qualche volta si fa consistere in una somma di danaro, come quando si dica, prenderà per anteparte la somma di tanto.

Quando si fa consistere l' anteparte in una specie determinata, qualche volta è illimitata, come quando dicesi semplicemente, che il superstite prenderà i suoi abiti, armi e cavalli, o che la sposa prenderà i suoi abiti, anelli e gioje. All' opposto è qualche volta limitata da queste parole, che il notajo aggiugne: fino alla concorrenza della somma di tanto.

Quando l' anteparte in ispecie è illimitata, essa consiste in tutte le cose di questa specie, che trovansi ne' beni della comunione in tempo, che essa si scioglie, di qualunque numero sieno e di qualunque valore; purchè però questo prezzo non sia eccessivo, riguardo allo stato ed alle facoltà delle parti; imperciocchè quantunque le parti non abbiano limitato l' anteparte ad una somma determinata, pure si reputa, ch' esse sieno convenute di un' anteparte, che fosse proporzionata al loro stato ed alle loro facoltà. Quando, adunque, essa è eccessiva, gli eredi del predefunto possono domandare, che sia ridotta e regolata *arbitrio judicis*.

Debbonsi pure togliere da questa anteparte le cose le quali apparisse essere state acquistate in tempo dell' ultima malattia del predefunto, in frode e colla mira di aumentarla; per esempio, se una persona, che abita in campagna, la quale dopo lunghissimo tempo che ha moglie non aveva mai avuto altri cavalli fuor di quelli, che servono alla coltivazione delle terre, avesse comprato una muta di sei cavalli da carrozza di gran valore, durante l' ultima malattia di sua moglie; sarebbe evidente, ch' egli non ha fatto questa compra, se non colla mira di aumentare l' anteparte illimitata delle sue armi e cavalli, e gli eredi del predefunto potrebbero impedirlo di comprenderveli.

442. Qualche volta si lascia al superstite la scelta dell' anteparte in ispecie, o di una somma di danaro, come quando è detto: *prenderà i suoi abiti, armi e cavalli, o la somma di tanto*; l' anteparte in ispecie può in questo caso eccedere la somma di danaro di cui gli si è data la scelta, purchè però non vi sia una troppo grande sproporzione.

Qualche volta si dà l' uno e l' altro, cioè un' anteparte in danaro ed una in ispecie; come quando si dica, *avrà per anteparte la somma di tanto, ed inoltre i suoi abiti, armi e cavalli*.

Quantunque la convenzione di anteparte, comunque sieno le cose e le somme nelle quali si fa consistere, contenga un vantaggio, che quel conjuge, che deve premorire, fa al superstite, e sia considerata come tale tanto rapporto al primo, quanto rapporto al secondo capo dell' editto delle seconde nozze, come lo abbiamo veduto nell' ultima parte del nostro *Trattato del Matrimonio*; nondimeno viene piuttosto considerata come una convenzione matrimoniale, che come una donazione, ed in conseguenza non è soggetta alla formalità dell' insinuazione. Vedete la dichiarazione del 25 giugno 1729 e l' *art.* 21 dell' Ordinanza del 1731.

443. Non essendo accordata l' anteparte se non in caso di sopravvivenza, non può farsi luogo a questa anteparte in profitto del superstite, se non quando premuoja uno de' conjugi.

La morte civile deve ella considerarsi come una premorienza, che dia luogo all' anteparte? Per esempio, se un marito con una sentenza in ultima istanza fosse stato condannato ai ferri in vita, questa condanna, che gli fa perdere il suo stato civile, deve ella considerarsi come una premorienza, che dia luogo all' anteparte della moglie; e può in conseguenza la moglie prelevare nella divisione, che si ha da fare de' beni della comunione fra essa e i confiscatarj i quali succe-

dono alla parte del condannato? Si può dire per l'affermativa, che una persona, in forza della morte civile, che ha incorso, non essendo più riputata esistere rapporto alla società civile, deve la sua morte civile considerarsi come una vera *premorienza*, la quale non ne l'ha meno involata, di quel che ne lo avrebbe la morte naturale; e che per conseguenza deve dar luogo all'anteparte: nondimeno con una celebre decisione del 2 giugno 1549, il re Enrico II sedente in parlamento, è stato giudicato, che la morte civile non desse luogo alla anteparte, ma solamente la morte naturale. La ragione è, ch'essendo la convenzione di anteparte una convenzione, che le parti contraenti hanno giudicato bene di far dipendere dalla esistenza di una condizione, non può farsi luogo a tale convenzione finchè non sia avvenuto ciò che le parti hanno stimato bene di apporvi per condizione: ora, il caso della premorienza di un conjuge e la sopravvivenza dell'altro, che le parti hanno stimato bene di apporre per condizione alla convenzione di anteparte, è la premorienza, che deve avvenire colla morte naturale del primo a morire de' conjugi; questo è il solo caso, ch'essi abbiano previsto; non è naturale, che le parti abbiano previsto, nè anco potuto pensare al caso della morte civile, che avvenisse all'una delle parti; dunque il caso apposto per convenzione alla clausola di anteparte, è la sola morte naturale del primo a morire de' conjugi, e non quello della morte civile, e per conseguenza non vi ha se non il caso della morte naturale, che possa far esistere la condizione apposta alla convenzione e fare luogo all'anteparte: non si può più dire, che il caso della morte naturale e della morte civile sieno perfettamente simili; imperciocchè il caso della morte civile lascia qualche speranza di rivivere colla restituzione dello stato civile, che può esser fatta dal principe, ma la morte naturale non ne lascia più veruna speranza.

Non potrebbesi opporre a questa decisione l'*art.* 24 dell'Ordinanza delle sostituzioni, la quale porta, che in tutti i casi in cui una condanna per delitti porti la morte civile, darà luogo al fedecommesso? La risposta è che non si può far induzione dal fedecommesso alla convenzione di anteparte; perchè i fedecommessi, i quali sono fatti in assenza della persona a profitto della quale vien fatta la disposizione, sono suscettibili di una interpretazione assai più estesa di quel che lo sieno le convenzioni tra vivi. La disposizione dell'Ordinanza della sostituzione non è adunque da per se sola sufficiente per istabilire, che si è allontanato dalla giurisprudenza fissata colla decisione del 1549; ma io ho saputo, che la corte se ne era formalmente allontanata, giudicando che, nel caso in cui un uomo fosse uscito dal regno per causa di religione, la morte civile, ch'egli aveva incorso uscendo dal regno, avesse dato luogo all'anteparte a profitto di sua moglie.

Il magistrato che mi ha partecipato questa decisione, e che era stato uno de' giudici, mi ha ancora detto che con tale decisione erasi giudicato, che quando la moglie uscisse con suo marito, il marito doveva esser considerato uscito il primo, e che la moglie non avesse fatto che seguirlo; che in conseguenza ella avesse acquistata l'anteparte per la morte civile di suo marito, per un momento di ragione; e ch'essa l'avesse unitamente a' suoi beni trasmessa a' suoi eredi, in forza della morte civile che ella stessa, uscendo dal regno, aveva incorsa. Il magistrato non approvava la decisione in questo punto, non avendo potuto la moglie trasmettere a' suoi eredi un diritto di cui non ha giammai potuto essa medesima valersi, e che non ha potuto acquistare nel tempo in cui il di lei marito è uscito dal regno, poichè ella stessa è uscita con lui nel medesimo tempo.

444. Quando i due conjugi, che nel loro contratto di matrimonio avevano convenuto di una anteparte, sieno morti in seguito per un medesimo accidente, *puta*, in un naufragio o in un incendio, senza che si possa provare quale sia sopravvissuto all'altro, non vi sarà prededuzione nella divisione che si ha da fare tra gli eredi di uno dei detti conjugi e quelli del-

lo altro; imperciocchè nè gli uni nè gli altri possono giustificare qual conjuge sia sopravvissuto, ed in profitto del quale siasi fatto luogo alla anteparte: quindi nè gli uni nè gli altri possono domandare l'anteparte, non essendo nè gli uni nè gli altri in caso di appoggiare la domanda che ne facessero. *V. in Pand. Justin. tit. de rer. div. n.* 4.

445. Quando la dissoluzione della comunione sia avvenuta in vita de'conjugi, *puta*, in forza di una separazione, allora nella divisione non ha luogo l'anteparte, poichè ad essa non si è anco fatto luogo; ma si fa a condizione che quando vi si farà luogo per la premorienza di uno di essi, l'eredità del predefunto sarà debitrice verso il superstite di questa anteparte. Quindi, se l'anteparte stabilita nel contratto di matrimonio sia per esempio di 4,000 lire, l'eredità sarà debitrice verso il conjuge superstite della somma di 2,000 lire, sopra la parte, che il predefunto ha avuto nella divisione della comunione.

Quando l'anteparte consiste in ispecie, bisogna fare una stima delle cose soggette a questa anteparte di ciascun conjuge, le quali sonosi trovate nei beni della comunione quando si è sciolta, per fissare la somma di cui l'eredità del predefunto sarà debitrice verso il superstite, allorchè si farà luogo a questa anteparte per la premorienza di uno de' conjugi.

Pertanto, sopra la base della stima ciascun conjuge prenderà le cose soggette alla sua anteparte, non prelevandole in forma di anteparte a cui non si è peranco fatto luogo, ma imputandole nella sua parte, a condizione che quando si farà luogo a questa anteparte per la premorienza di uno de' conjugi, l' eredità del predefunto dovrà al superstite la metà della stima dell'anteparte di esso superstite sopra la porzione ch'esso predefunto ha avuto nella divisione.

446. Secondo la giurisprudenza della decisione del 1549, allorchè, per la condanna di uno de'conjugi ad una pena capitale, si faccia la divisione de' beni della comunione tra il fisco e l' altro conjuge, se il condannato venisse in seguito a premorire, il fisco deve pure restituire al superstite la sua anteparte.

Ma se il condannato sopravvive, il fisco, come avente i di lui diritti, non può pretendere l'anteparte convenuta nel contratto di matrimonio; imperocchè il fisco non ha potuto succedere al condannato in questa anteparte a cui non si era peranco fatto luogo in tempo della condanna, e cui colla premorienza dell' altro conjuge non ha potuto farsi luogo a profitto di questo condannato, che più non esisteva nella società civile.

447. Non si può ordinariamente esercitare il diritto di anteparte, se non in caso di accettazione della comunione per parte della moglie o dei di lei eredi.

Quando abbia sopravvissuto il marito, è evidente che, se gli eredi della moglie rinunziano alla comunione, la convenzione di anteparte diventa inutile al marito, poichè rimangono a lui, *jure non decrescendi*, tutti i beni della comunione, tanto quelli che comporrebbero l'anteparte quanto quelli, che non la comporrebbero.

Allorchè ha sopravvissuto la moglie, se essa ha rinunziato alla comunione, non può più pretendere la sua anteparte; imperciocchè colla sua rinunzia alla comunione essa rinunzia totalmente a tutti i beni comuni, a qualunque titolo avesse potuto prenderli; d'altronde essendo l'anteparte un diritto che si esercita nella divisione della comunione, non vi può esser luogo ad anteparte quando in forza della rinunzia della moglie non si ha più comunione da dividere.

448. Nondimeno si conviene bene spesso ne'contratti di matrimonio che in caso di rinunzia alla comunione la futura sposa avrà la sua anteparte.

Lo spirito di questa convenzione è di rendere il marito o i di lui eredi garanti dell' anteparte della moglie; quindi non solo essa ha l' effetto di render la moglie creditrice dell' ammontar della sua anteparte contro gli eredi di suo marito, in caso di rinunzia alla comunione; ma ha pure l'effetto, in caso di accettazione della comunione, di render la moglie creditrice, verso gli eredi di suo marito, di ciò che si è trovato mancare nei

beni della comunione, per compiere intieramente la di lei anteparte; invece che fuori del caso di questa convenzione e quando le parti hanno semplicemente convenuto di un'anteparte di tali cose o di una tal somma, siccome la moglie in caso di rinunzia non ha alcuna anteparte, così ella, in caso di accettazione, non ha alcun regresso contro l'eredità di suo marito per ciò che si è trovato mancare ne' beni della comunione onde compiere la di lei anteparte; non essendo l'anteparte *in sè* che un diritto di prelevare sulla massa, il quale non può aver luogo, se non fino a tanto che vi sia di che prelevare.

ARTICOLO VIII.

Di alcune altre specie di convenzioni.

§ 1. *Della convenzione colla quale si assegnano a ciascun conjuge o ai suoi eredi, parti ineguali nella divisione che avrà da farsi sopra i beni della comunione.*

449. Quantunque, secondo i nostri Statuti, i conjugi sieno comuni, ciascuno per metà, e che in tempo della dissoluzione della comunione i conjugi o i di loro eredi la dividano in porzioni eguali e non proporzionali a ciò che ciascuno di essi vi ha conferito, nondimeno si può validamente convenire nel contratto di matrimonio, che si prenderanno parti ineguali; per esempio, che la moglie sarà *comune per un terzo o per un quarto*, e che in conseguenza, nella divisione della comunione, il marito avrà i due terzi o i tre quarti.

Si può anche convenire che accadendo la dissoluzione della comunione per la premorienza di uno de'conjugi, gli eredi del predefunto non avranno che un terzo o un quarto o altra più piccola porzione, e che il superstite avrà il di più.

Nel caso di queste convenzioni, ciascuno deve avere ne'debiti della comunione, una parte eguale a quella, che gli viene assegnata nella divisione dello attivo. Non sarebbe valida una convenzione, che dichiarasse che l'uno dei conjugi avrebbe una parte determinata ne' beni della comunione, e ne avrebbe una differente ne' debiti, o maggiore o minore, perchè con queste convenzioni si potrebbero eludere le leggi, che vietano ad un conjuge di fare, durante il matrimonio, de'vantaggi a spese dell'altro, o vantaggiar l'altro a di lui spese.

Per esempio, se fosse detto nel contratto di matrimonio che la moglie avrebbe soltanto il terzo ne'beni della comunione, e che nondimeno sarebbe gravata della metà dei debiti, egli è evidente che una tale convenzione, se potesse esser valida, darebbe al marito il potere di vantaggiarsi a spese di sua moglie, facendo degli acquisti de'quali esso pagar dovesse il prezzo; imperciocchè egli farebbe pagare a sua moglie la metà del prezzo di questi acquisti, di cui ella non avrebbe che il terzo, ed esso due.

Vice versa: se si fosse detto nel contratto di matrimonio che la moglie avrebbe soltanto il terzo nella comunione, ma l'avrebbe franco di debiti, o ne sarebbe gravato solamente per una sesta parte, è evidente, che se una convenzione di tal sorta potesse esser valida, metterebbe il marito in istato di avvantaggiare a spese di lui sua moglie, facendo degli acquisti dei quali esso dovesse il prezzo; imperciocchè la moglie avrebbe il terzo di questi acquisti e il prezzo ne sarebbe pagato dal marito, o pel totale o per parte di esso. Tali convenzioni adunque debbono esser dichiarate nulle, e i conjugi o i di loro eredi, non avuto ad esse riguardo, debbono dividere la comunione in parti eguali tanto nell' attivo quanto nel passivo.

Nel caso della seconda specie, che noi abbiamo proposto, potrebbero gli eredi del marito pretendere, che non si dovesse dichiarar nulla la convenzione, se non per la seconda parte, in cui fosse stato convenuto, che la moglie avrebbe la sua porzione franca di debiti, o che ne sarebbe gravata per una porzione inferiore a quella, che ha nell' attivo; e che si debba lasciar sussistere la prima parte della convenzione, che restringe la porzione della moglie al terzo?

Si può dire per motivo di dubitare

in favore di questa pretensione degli eredi del marito, che l'ingiustizia della convenzione non cade se non sopra la seconda parte; questa seconda parte è quella, che dà al marito il mezzo di vantaggiar sua moglie a sue spese; quindi non devesi dichiarare nulla se non la seconda parte. Nondimeno devesi decidere, che la convenzione debba essere dichiarata nulla nella sua totalità, e che debba farsi la divisione della comunione in porzioni eguali tanto nell' attivo quanto nel passivo, come se non vi fosse stata convenzione alcuna. La ragione è, che la prima parte della convenzione è inseparabile dalla seconda, non avendo la moglie acconsentito nella prima parte della convenzione alla riduzione della sua parte di comunione, se non perchè nella seconda parte le veniva questa accordata franca di debiti, o veniva solamente obbligata a pagarne la sesta parte; la seconda parte della convenzione è una condizione della prima, dunque la nullità della seconda parte deve trar seco la nullità della prima, e deve esser dichiarata nulla la convenzione nella sua totalità.

§ 2. *Del cottimo di comunione.*

450. Si conviene qualche volta in un contratto di matrimonio, che gli eredi della moglie avranno una somma determinata per ogni diritto di comunione.

Se nel caso di questa convenzione non vi fossero beni di comunione da pagar questa somma, allorchè la comunione si scioglie, potrebb' egli il marito pretendere, che la clausola non sia stata apposta, che in suo favore; che potendo ciascuno rinunziare a ciò, che è stato stipulato in suo favore, può rinunziare a questa convenzione, e liberarsi dalla somma ivi fissata, offrendo di ammettere gli eredi della moglie a dividere al solito la comunione? Questa pretensione non è fondata; una tale convenzione non contiene una semplice facoltà data al marito di ritenere tutti i beni della comunione, pagando la somma convenuta, dessa è una cessione, che la moglie fa a suo marito, nel caso, che egli sopravviva, della porzione incerta, ch' ella avrebbe potuto avere nei beni della comunione in tempo della sua dissoluzione; la somma convenuta per lo prezzo della cessione è dunque dovuta agli eredi della moglie in qualunque stato trovasi la comunione in tempo del suo scioglimento; se dessa si fosse trovata opulenta, il marito ne avrebbe avuto il beneficio; se è cattiva egli deve sostenerne la perdita: *aequum est ut quem sequuntur commoda, eum sequuntur incommoda.* Ciò è stato giudicato dalle decisioni del 15 aprile 1608 e 19 febbrajo 1646, riportate da Brodeau sopra Louet, *Let. M, cap.* 4. Quando anche non rimanessero beni in tempo della dissoluzione della comunione, pure il prezzo della cessione è a loro dovuto: imperciocchè la cessione di un diritto di comunione, come pure di un diritto di successione, è una specie di contratto aleatorio, simile alla vendita, che un pescatore fa della sua gettata di rete; essa al pari della vendita di una gettata di rete non ha per oggetto qualche cosa di reale e di fisico, ma un essere morale, qual è la speranza de' pesci, che potranno pigliarsi, e che in conseguenza, quantunque non sia stato preso alcun pesce con questa gettata di rete, sia dovuto il prezzo, avendo avuto il compratore la speranza de' pesci, che potevano esser presi, che è la sola cosa, che gli è stata venduta; così pure la cessione, che in caso di dissoluzione della comunione, la moglie fa al suo marito della parte de' beni della comunione, non ha per oggetto se non la speranza di quelli, che potrebbero trovarvisi; perciò è dovuto il prezzo della cessione, quantunque in tempo dello scioglimento della comunione non siensi trovati beni; basta, che vi si abbia potuto trovare la speranza di quelli, che avrebbero potuto trovarsi, essendo ciò la sola cosa, che sia stata l' oggetto della cessione. Questo è il parere di d' Argentrè sopra l' *art.* 22 dell' antico Statuto di Brettagna, *gl.* 4, sul fine, ove dice: *si maritus sponsae ducenta pepigisset pro sua parte conquaestuum, etiamsi secuto matrimonio nulli acquaestus fierent, tamen non minus ducenta deberentur, veluti incerto eventus redempto.* La sua de-

cisione riguarda il caso in cui sia stata la moglie stessa ristretta ad una certa somma pel suo diritto di comunione; ma vi è la stessa ragione a decidere nel caso in cui non vi fossero ristretti, se non gli eredi della moglie.

451. Bisognerebbe decidere diversamente se dopo la clausola, che gli eredi della moglie avrebbero per tutt'i i diritti della comunione una tal somma, si fosse aggiunta questa restrizione, *se vi sarà tanto*, imperciocchè in questo caso la somma stabilita nella convenzione non sarebbe dovuta, se non fino alla concorrenza di quanti beni si trovassero nella comunione; e se non ne fossero rimasti, non sarebbe dovuta cosa alcuna. Ciò è anco conforme al parere di d'Argentrè il quale, dopo ciò che abbiamo riportato, aggiugne in seguito: *nisi quidem conditionaliter concepta esset stipulatio, veluti sub verbis, si quos fieri contingeret.*

452. Bisognerebbe pure decidere diversamente, se la clausola fosse concepita in questi termini: potrà il superstite ritenere tutt'i beni della comunione, dando agli eredi della moglie una tal somma: questa parola *potrà*, esprime una facoltà ed una scelta accordata al marito, o di ritenere tutti i beni della comunione, dando la somma agli eredi della moglie, o di ammetterli a dividere secondo l'uso.

453. La clausola, che gli eredi della moglie avranno una determinata somma per tutti i diritti della comunione, esclude dal diritto di dividere la comunione i soli eredi, ma non la moglie; essa non può in conseguenza aver luogo, che nel solo caso in cui avvenga la dissoluzione della comunione per la premorienza della moglie: s'essa si sciogliesse in vita della moglie, per una sentenza di separazione di abitazione, essendosi fatto luogo al diritto di dividere la comunione col marito in forza della sentenza di separazione, quando anche essa venisse a morire poco dopo, prima che si fosse cominciata la divisione, pure ella trasmetterebbe questo diritto ai di lei eredi, ed il marito non potrebbe in tal caso escluderli, offrendo loro la somma fissata nella convenzione.

454. Questa clausola, che gli eredi della moglie avranno una determinata somma per tutt'i diritti della comunione, comprende tutti gli eredi, tanto i figli quanto i collaterali.

455. Il marito che, in forza di questa convenzione, rimane proprietario di tutti i beni della comunione, collo obbligo di dare agli eredi della moglie la somma stabilita nella convenzione, può dedurre sopra questa somma tutti i crediti, che la comunione ha contro la moglie, *puta*, per le somme prese dalla comunione per pagare i debiti mobiliari della moglie anteriori al matrimonio, ed esclusi dalla comunione con una clausola di separazione di debiti, o per le spese straordinarie fatte su i fondi proprj della moglie co' danari della comunione, o per qualsisia altra causa.

Se i crediti della comunione contro la moglie eccedessero la somma, che il marito deve dare agli eredi della moglie per loro diritto di comunione, allora il marito non solo non resterebbe debitore verso di essi, ma essi lo sarebbero verso lui per l'eccedente.

456. Quando la moglie, durante il matrimonio, ha congiuntamente a suo marito dotato coi beni della comunione uno de' loro figli comuni, s'essa premuore, deve mettersi nella classe dei crediti della comunione contro la moglie ciò ch'ella avrà preso per contribuire per la sua metà a questa dote; la clausola, che gli eredi della moglie avranno una somma determinata per tutti i diritti della comunione, contiene una rinunzia, ch'essa fa alla comunione, mediante questa somma, nel caso, ch'essa premuoja. Questa rinunzia la esclude interamente dai beni della comunione e per conseguenza l'obbliga a tener conto alla comunione di tuttociò, ch'essa ne ha preso.

Sarebbe diversa la cosa s'ella non avesse avuto parte nella dotazione, poichè chi non vuole non dota. Acciocchè si reputi aver dotato non basta, che abbia assistito nella sua qualità al contratto di matrimonio, perocchè si reputa non avervi assistito, se non per prestarvi il suo consenso.

457. Il marito, che ritiene tutti i beni della comunione coll'obbligo di

pagare agli eredi della moglie la somma convenuta, deve in conseguenza essere solo obbligato pel totale a tutti i debiti della comunione: quindi egli deve pagare agli eredi della moglie, oltre la somma convenuta, tuttociò, che la comunione le deve per le sue riprese, pei rinvestimenti di beni proprj e per qualsiasi altra causa, senzachè gli eredi della moglie ne facciano alcuna confusione.

458. Gli eredi della moglie, che hanno ricevuto dal marito la somma fissata nella convenzione pe' loro diritti di comunione, non sono tenuti dei debiti di essa comunione nè anco verso i creditori; menochè non vi si fosse obbligata la moglie: questa convenzione in ciò differisce dalla cessione, che gli eredi facessero ad un terzo del loro diritto nella comunione: in questo caso essi sarebbero tenuti verso i creditori pe' debiti della comunione, salvo ad essi il regresso contro il loro cessionario, che deve pagarneli. La ragione di tale differenza è, che gli eredi della moglie, i quali cedono a un terzo la loro parte nella comunione, debbono aver acquistato questa parte per potergliela cedere; e siccome essi non possono avere acquistato questa parte se non con un' accettazione della comunione, la cessione, ch' essi fanno della loro parte ad un terzo, contiene necessariamente una accettazione, che fanno della comunione, la quale li obbliga ai debiti della comunione: all' opposto, gli eredi della moglie, ai quali il marito paga la somma fissata nella convenzione *per tutti i diritti di comunione*, non hanno alcuna parte nella comunione; la moglie con questa convenzione cede, in caso di dissoluzione della comunione per la sua premorienza, non la parte, che i di lei eredi avranno, ma quella, che avrebbero potuto avervi, ed alla quale essa rinunzia mediante il prezzo fissato nella convenzione.

459. Una tal somma per tutti i diritti della comunione, viene qualche volta assegnata nel contratto di matrimonio non solo agli eredi della moglie ma anche alla moglie stessa; nel caso di questa convenzione, in qualunque modo avvenga lo scioglimento della comunione, non può esservi luogo ad una divisione di comunione; la moglie e i di lei eredi non hanno diritto di domandarla, ma sono solamente creditori della somma fissata nella convenzione; e nè il marito, nè i di lui eredi sono ammessi ad offrire di ammettere la moglie alla divisione della comunione per liberarsene. Decisione del 15 aprile 1608 riportata da Brodeau sopra Louet, *Let. M*, c. 4.

Del resto, tutto ciò, che abbiamo detto a tale riguardo nel caso precedente, può parimenti applicarsi a questo.

460. Vi è una terza specie di convenzione in cui si conviene, che gli eredi del predefunto non avranno per tutti i diritti della comunione, che una tal somma, il che comprende tanto gli eredi del marito, s' ei premuore, quanto quelli della moglie, se essa premuoja.

Osservate una gran differenza, che incontrasi tra questo ed i precedenti casi; nel primo, comunque svantaggiosa sia la comunione, allorchè essa si scioglie, il marito non può dispensarsi di pagare agli eredi della moglie la somma convenuta libera e franca dai debiti della comunione, dei quali il marito solo rimane gravato; gli eredi del marito contraggono la stessa obbligazione nel secondo caso: all' opposto, in questo terzo caso, la moglie superstite può, secondo la convenzione del contratto, ritenere tutti i beni della comunione quando essa la trovi vantaggiosa, pagando agli eredi del marito la somma fissata nella convenzione; ma questa convenzione non priva la moglie del diritto di rinunziare alla comunione quando la trovi svantaggiosa, e di lasciare, rinunziando, agli eredi del marito i beni della comunione con tutti i suoi pesi. La ragione di tale differenza è, che il marito non può rinunziare alla sua comunione di cui è il capo, e nè manco lo possono i di lui eredi, i quali succedono a tutte le di lui obbligazioni: al contrario la moglie ha talmente il diritto di rinunziare alla comunione, che essa non può nè manco esserne privata con qualsiasi convenzione; non dovendo essere in facoltà

del marito di obbligare i beni proprj della moglie, senza il di lei consenso, contraendo debiti durante la comunione, deve esser sempre in facoltà della moglie di rinunziare alla comunione per liberarsene.

Nel caso di questa convenzione, quando la moglie superstite giudica conveniente di rinunziare alla comunione, tale convenzione rimane senza effetto; poichè avendo gli eredi del marito tutti i diritti della comunione in totale, in forza della rinunzia della moglie, non possono domandare alla moglie superstite la somma fissata nella convenzione, la quale è accordata invece, per tener luogo del diritto, che essi possono pretendere nella comunione.

§ 3. *Della clausola di esclusione della comunione.*

461. Si può convenire nel contratto di matrimonio, che non vi sarà alcuna comunione di beni tra i conjugi. L'effetto di questa convenzione è, che gli eredi della moglie non possono, in tempo che si scioglie il matrimonio, pretendere alcuna parte nei beni tanto mobili quanto immobili, che il marito ha acquistato, durante il matrimonio, a qualsiasi titolo; e non possono pretenderne nemmanco in quelli ch' egli aveva quando si è ammogliato.

Quand' anche il marito, durante il matrimonio, avesse fatto degli acquisti colle entrate de' beni della moglie, delle quali esso ha diritto di godere, la moglie e i di lei eredi non potrebbero pretendervi parte alcuna.

La moglie e i di lei eredi, non avendo, in conseguenza di questa convenzione, alcuna parte nei beni, che il marito acquista durante il matrimonio, non sono essi tenuti dei debiti contratti da lui: se la moglie vi fosse obbligata, deve esserne indennizzata da suo marito.

462. Il marito, dal canto suo, non ha alcuna parte nei beni proprj di sua moglie; ma egli ha il diritto di godere, *ad sustinenda onera matrimonii*, tanto di quelli, ch'essa ha quando si marita quanto di quelli, che essa acquista in seguito, a qualsiasi titolo; imperciocchè è una massima nei nostri paesi consuetudinarj, che tutti i beni di una moglie vengono riputati dotali.

Noi non seguiamo, riguardo a questo godimento, la disposizione delle leggi romane, le quali accordavano al marito i frutti della dote *pro rata* del tempo, che avea durato il matrimonio; il marito, in caso di esclusione di comunione, ha diritto di percepire in suo vantaggio tutti i frutti tanto civili quanto naturali, i quali si percepiscono o nascono durante il matrimonio, per indennizzarsi de' pesi matrimoniali; siccome quando vi è comunione, questi frutti appartengono ad essa per indennizzarla dei detti pesi, i quali sono a carico della comunione quando ve ne sia una.

463. Non avendo il marito, nel caso di questa convenzione, se non il diritto di godere de' beni della moglie durante il matrimonio, egli, sciogliendosi il matrimonio, deve rendere alla moglie o ai di lei eredi tutti i beni, che sua moglie gli ha dato sia nel contratto di matrimonio, sia esso durante.

Puo qualche volta la moglie pretenderne la restituzione, durante il matrimonio, quando può provare, che i cattivi affari di suo marito mettono la di lei dote in pericolo.

§ 4. *Della separazione convenzionale.*

464. Si può convenire in un contratto di matrimonio, che non solo non vi sara comunione di beni tra i conjugi, ma anche che ciascuno di essi godrà separatamente i beni suoi. Questa convenzione chiamasi *separazione convenzionale*; essa ha ciò di più della semplice esclusione di comunione, che priva il marito del godimento de' beni della moglie.

È vero, che la moglie con questa separazione convenzionale ha il diritto di ricevere le entrate de' suoi beni, di affittarli, e generalmente di fare tutti gli atti di una semplice amministrazione, senza aver bisogno dell' autorizzazione di suo marito per tutti questi atti, come lo abbiamo veduto nel nostro *Trattato della Podestà Maritale*; ma siccome questa seperazione

convenzionale non la sottrae alla podestà del marito, ella non può alienare i suoi immobili, nè manco ricevere il riscatto delle sue rendite, senza essere autorizzata da suo marito o dal giudice, il marito può pure sequestrare i danari del riscatto fino che sieno rinvestiti per la sicurezza de' pesi matrimoniali cui essa è obbligata a contribuire.

Se la moglie, la quale, in conseguenza di una separazione convenzionale, gode separatamente i suoi beni, rifiutasse di contribuire ai pesi matrimoniali, il marito potrebbe farla condannare a contribuirvi: il giudice deve in questo caso regolare la pensione, che questa moglie deve pagare a suo marito col quale dimora, avuto riguardo alle di lei facoltà e qualità; egli deve pure regolare la somma per la quale essa sia tenuta a contribuire agli alimenti ed alla educazione dei figli comuni.

465. In ciò la separazione convenzionale conviene con quella, che durante il matrimonio ha luogo in forza di una sentenza: essa ne differisce in ciò, che quando è intervenuta la separazione durante il matrimonio, possono i conjugi, quando lor pare, desistere dalla sentenza per comune consenso, e rimettersi in comunione: al contrario, la separazione convenzionale è irrevocabile, come lo sono tutte le convenzioni de' contratti di matrimonio, e i conjugi non possono, esso durante, stabilire una comunione, in pregiudizio di questa convenzione. Così è stato giudicato con decisioni riportate da Louet.

§ 5. *Di un'altra specie di separazione.*

466. Potendo la moglie validamente convenire, che godrà separatamente di tutti i suoi beni, come lo abbiamo veduto nel paragrafo precedente, ne viene ch' essa può pure validamente convenire, che godrà separatamente della rendita di un determinato fondo; essa potrà disporne a suo piacere per tutto il tempo, che durerà il matrimonio, e pel di più stabilire una comunione di beni col suo futuro sposo: questa è una conseguenza di questa massima, *chi può il più può il meno.*

Gli acquisti, che la moglie in questo caso avesse fatti durante il matrimonio, che fossero provenuti dai suoi risparmi sopra le dette rendite, debbon essi cadere in comunione? Bourjon decide per l' affermativa. Io vi trovo difficoltà; imperciocchè essendosi la moglie, con questa convenzione, riservate tutte le rendite di questo fondo, che si avessero a percepire per tutto il tempo, che durerebbe il matrimonio, queste rendite sono sue proprietà: ora tutto ciò, che proviene da'beni proprj senza esserne un frutto non cade nella comunione, *supra. n.* 96. Ma acciocchè questi acquisti sieno proprj della moglie non basta, che sia detto nel contratto essere stati fatti co' danari delle dette rendite, quando ciò non sia evidentemente provato; diversamente il marito avrebbe una via aperta di vantaggiare sua moglie, facendo passare sotto il suo nome tutti gli acquisti fatti durante il matrimonio.

PARTE SECONDA

DEL DIRITTO DEI CONJUGI SUI BENI DELLA COMUNIONE.

467. Il diritto del marito su i beni della comunione si contiene in questi due assiomi.

Primo assioma. Il marito, come capo della comunione, è riputato il solo padrone de'beni della comunione fintanto che essa dura, e ne può disporre a suo talento senza il consenso della moglie.

Secondo assioma. Queste disposizioni però non sono valide che in quanto elleno non sembrino fatte in fro-

de della parte, che la moglie e gli eredi di essa hanno diritto di avervi in tempo della dissoluzione della comunione, e sopra tutto nè egli nè i suoi eredi possono profittarne a pregiudizio della porzione della moglie.

Noi svilupperemo ciascuno di questi assiomi in due articoli separati, ed in un terzo articolo tratteremo del diritto della moglie.

ARTICOLO PRIMO.

Sviluppo del primo assioma.

468. Noi abbiamo veduto nel principio di questo Trattato, che la comunione de' beni, che, sia per legge sia per convenzione, è stabilita tra conjugi mediante il matrimonio, è in certo modo *in habitu* piuttosto, che *in actu*, e che il marito, finchè ella sussiste, è, nella sua qualità di capo di questa comunione, riputato in certa maniera il solo padrone dei beni di cui essa è composta, perchè egli ha diritto in questa qualità di disporre a suo grado non solamente della sua porzione, ma di quella di sua moglie, senza che sia obbligato a renderne conto. *Il marito*, dice lo Statuto di Parigi, nell'*art.* 225, *è padrone de' beni mobili e degli acquisti immobili da lui fatti durante e stante il matrimonio di lui e sua moglie.*

Questi termini, *da lui fatti*, sono stati adoprati nel testo per inavvertenza, e sono superflui. Essi non restringono la disposizione dello Statuto ai soli immobili, che il marito ha acquistati durante il matrimonio, ma comprendono tutti quelli di cui la comunione è composta, anche quelli, che la moglie vi ha portati con una convenzione di mobilizzazione. Questo principio è sì costante, e le lunghe ragioni di dubitarne, che Lebrun ne adduce, sono sì inutili, che esse non mi parvero meritare la pena di essere riferite.

469. *Corollario primo.* Il marito può caricare i beni della comunione di tutti i debiti ch'egli giudica a proposito di contrarre, fintantochè essa dura; non solo di quelli, che egli contrae per gli affari della comunione, o che potessero sembrare riguardarla, ma ancora di quelli, che non hanno alcun rapporto agli affari della comunione, di quelli pure, che hanno per causa i delitti da lui commessi, come l'abbiamo diffusamente spiegato *supra*, n. 248.

470. *Corollario secondo.* Il marito può a suo grado perdere i beni della comunione senza esserne responsabile; egli può lasciar perire colla prescrizione i diritti, che dipendono dalla sua comunione, deteriorare i poderi, rompere i mobili, uccidere per brutalità i suoi cavalli ed altri animali dipendenti dalla comunione, senza essere responsabile verso la sua moglie di tutte queste cose.

471. *Corollario terzo* Il marito può alienare con atti tra vivi, sotto qual si sia titolo, anche a titolo di donazione tra vivi verso quelle tali persone, che egli giudica a proposito, salvo quelle delle quali sarà parlato nell'articolo seguente, i differenti beni componenti la comunione; egli può ipotecarli non solo pei suoi debiti, ma per gli altrui; egli può gravarli di servitù.

Lo Statuto di Parigi, nell'*art.* 225, ha esso medesimo cavato queste conseguenze. Dopo aver detto, *il marito è padrone ec.* egli aggiunge, *in tal modo che egli può venderli, alienarli o ipotecarli e farne e disporne con donazione, o altra disposizione fatta tra vivi a suo piacere e volontà, senza il consenso della sua moglie, a persona capace e senza frode.*

Noi vedremo nell'articolo seguente la spiegazione di questi termini, *a persona capace e senza frode.*

472. Presso che tutti gli Statuti hanno a questo riguardo la stessa disposizione dello Statuto di Parigi. Ve ne sono però alcuni, che non riguardano il marito, che come un semplice amministratore *cum libera*, e che in conseguenza permettono bensì al marito di vendere, permutare e ipotecare i beni della comunione; ma non gli permettono di donarli tra vivi meno che per la sola sua parte. Tali sono gli Statuti di Angiò, *art.* 289; del Manese, *art.* 304; del Ludonese, *cap.* 26 *art.* 6.

Lo Statuto di Saintonge, *t.* 9, *art.* 68, eccettua dalla facoltà, che egli dà al

marito, di disporre senza il consenso di sua moglie de' mobili e coacquisti, quelli, che sono stati fatti dal marito e da sua moglie *contraenti insieme*.

Altri ne eccettuano quelli, che sono stati fatti dalla moglie mediante la sua industria. Bajonna, *t.* 9, *art.* 29; Labour, *t.* 9, *art.* 2.

473. *Corollario quarto.* Trovasi nello articolo 233 dello Statuto di Parigi, che dice *il marito è padrone delle azioni mobiliari e possessorie quando esse procedano dalla parte di sua moglie, e può il marito agire e dedurre i detti diritti e azioni in giudizio senza la detta sua moglie*.

La comunione essendo composta di tutti i beni mobili di ciascuno dei conjugi, e il marito essendo in qualità di capo della comunione il solo padrone de' beni di essa finchè ella dura, lo Statuto ha benissimo cavato la conseguenza, che egli è padrone per lo totale delle azioni mobiliari della moglie, e che egli può solo dedurle in giudizio.

Similmente, il godimento de' beni proprj di ciascuno de' conjugi appartenendo alla comunione, lo Statuto ha benissimo conchiuso, che le azioni possessorie, che concernono il godimento dei fondi della moglie, appartengono al marito, come padrone dei beni e diritti della comunione.

La disposizione di questo articolo ha luogo quando anche il mobiliare della moglie fosse stato realizzato con una clausola di riserva di bene proprio; perchè tutto l' effetto di questa clausola, come lo abbiamo veduto *supra*, n. 325, è di accordare a lei ed a' suoi eredi una ripresa, quando sarà sciolta la comunione; ma non impedisce già, che il mobiliare della moglie cada nella comunione, sotto condizione di riprenderlo.

Siccome il marito può intentar solo le azioni mobiliari e possessorie di sua moglie, egli può ancora difendere solo le azioni mobiliari e possessorie, che s'intentano contro di essa.

Quando anche queste azioni fossero state intentate dalla moglie o contro essa, prima del suo matrimonio, esse non possono più, dopo il suo matrimonio, essere proseguite da essa o contro lei sola; fa d'uopo, che l' istanza sia ripresa dal marito o contro il marito.

Benchè queste azioni, che si ha contro la moglie, possano essere validamente intentate e proseguite contro il solo marito, nulladimeno il creditore della moglie ha interesse di citare il marito e la moglie, affinchè la condanna, che egli otterrà contro il marito e la moglie, gli dia un' ipoteca su i beni della moglie.

474. Da ciò che il marito è riputato solo padrone dei beni della comunione fintanto che essa dura, e da ciò che egli può alienarli intieramente, se ne deduceva altre volte una cattiva conseguenza, cioè, che allorquando un uomo era condannato ad una pena capitale, che porta confisca, si doveva confiscare tutti i beni della comunione a vantaggio del primo feudatario. Alcuni Statuti, nel numero de' quali era il nostro antico Statuto di Orleans, ne avevano delle disposizioni: quello di Brettagna aveva creduto fare una grazia alle vedove, accordando loro una pensione su i beni della comunione del marito condannato. Per un privilegio accordato ai cittadini di Parigi, di cui Loisel fa menzione nelle sue *inst. cout. l.* 6, *t.* 2, *art.* 26, a Parigi le mogli erano ammesse a sottrarre dalla confisca dei beni del loro marito, assegnata al re, la loro parte ne' beni della comunione.

Molineo si è con ragione scagliato contro questa cattiva giurisprudenza; egli ha osservato, che il marito non è padrone intieramente de' beni della comunione, se non fintanto che essa dura: la dissoluzione di comunione dando luogo al diritto, che la moglie o i suoi eredi debbono avere ne' beni della comunione, essa riduce il diritto del marito alla metà dei detti beni: il giudizio, che condanna il marito ad una pena capitale, facendo perdere lo stato civile al marito, discioglie la comunione; la confisca dei beni del marito, che è una conseguenza di questa pena capitale, non ha dunque luogo se non se in un tempo in cui la comunione è disciolta, e quindi in un tempo in cui il diritto del marito su i beni della comunione si trova ri-

dotto a metà; egli non ne può dunque confiscare, che la metà.

Queste ragioni, e l'autorità di Molineo hanno fatto cambiare la giurisprudenza: si seguì la decisione di questo giureconsulto nell'*art.* 209 del nostro nuovo Statuto di Orleans, in cui è detto, che l'uomo condannato, in caso di confisca, rende soggetti di confisca unitamente ai suoi beni proprj la metà de'mobili e coacquisti immobili della comunione; ed in ciò venne derogato all'antico Statuto, che, coll'*art.* 176, confiscava il tutto.

475. Dal principio, che il diritto del marito, che è padrone di tutti i beni della comunione fintantochè essa dura, è ridotto alla metà quando la comunione sia sciolta, ne segue pure, che egli non può disporre per testamento de' beni della comunione senonchè per metà; perchè le disposizioni testamentarie non avendo effetto, che alla morte del testatore, il marito non può disporre per testamento, che del diritto, che egli si troverà avere al tempo della sua morte ne' beni della sua comunione: ora, al tempo di sua morte, egli non vi ha più, che la metà, poichè allora si è disciolta la comunione, e in conseguenza il suo diritto ne' beni della comunione è ridotto alla metà. La più parte degli Statuti se ne spiegano in termini formali.

L'articolo 225 dello Statuto di Parigi, qui sopra riferito, n. 471, lo esprime assai chiaramente, dicendo, che il marito può disporre a suo grado de' mobili e dei coacquisti, *per donazione o altra disposizione tra vivi*: con questi termini, *tra vivi*, esso dice abbastanza, che il marito non può disporne ancora per testamento, ma solamente per la parte, che egli vi ha.

476. Da ciò nasce una questione: allorchè il marito ha legato col suo testamento una cosa della comunione, non vi è dubbio, che questo legato non può pregiudicare la parte della moglie; ma è egli valido per lo totale rispetto agli eredi del marito, di modo, che essi sieno obbligati di ricomperare a loro spese la parte della moglie, e di farne il rilascio della cosa intiera al legatario, o sarà riputato essere stata legata la sola parte del marito? Vi sono molti casi a distinguere sopra questa opinione. Il primo caso è, allorchè si sono adoperati nel legato i pronomi, *mio o suo*, come allorquando il testamento porta l'espressione *io lego a un tale il* mio *prato*; *io lego a un tale il* suo *prato*; questi termini, *mio*, *suo*, sembrano dover restringere il legato alla parte del marito testatore nella detta cosa. Ciò sembra risultare dalla legge 5, § 2, *ff. de leg.* 1, in cui Paolo dice: *quum fundus communis legatus sit, non adiecta portione, sed meum nominaverit, portionem deberi constat.*

Io credo però, che non si debba fare di questo testo di diritto una regola generale, e che si debba decidere indistintamente, che i pronomi, *mio*, *suo*, impiegati nel legato, che il marito ha fatto di una cosa della comunione, ne ristringano il legato alla parte, che il marito vi deve avere al tempo della dissoluzione di comunione. Allorchè il testamento dice, io lego a un tale il *mio prato*, o la *mia vigna*, io accorderò volentieri, che con questi termini, *mio*, *mia*, si reputa, che il testatore abbia voluto restringere il suo legato alla sua porzione nel prato, o nella vigna: ma allorquando egli ha detto: *io lego al mio cameriere il mio guardaroba*; *io lego a un tale la mia tabacchiera d'oro, il mio cavallo*; io penso, che in questo legato, questi termini, *mio*, *mia*, non significano altra cosa, che, *ciò che è al mio uso*, e che essi non sono già impiegati per restringere i legati alla porzione indivisa, che ha il marito nel suo guardaroba, nella sua tabacchiera e nel suo cavallo; essendo verosimile, che la volontà del testatore (che è ciò che si deve ricercare per l'interpretazione dei legati) è stata di legare l'intiero suo guardaroba e di legare una tabacchiera e un cavallo in intiero, e non già solamente una porzione di una tabacchiera o di un cavallo.

477. Il secondo caso è, allorquando la cosa è stata legata semplicemente senza impiegare i detti pronomi, come quando il legato è concepito in questi termini: *io lego a un tale la casa della croce bianca.* Questa casa essendo un coacquisto, si reputa

forse, che il marito l' abbia legata per intiero, e incaricati i suoi eredi di redimere la porzione di sua moglie; o si reputa, in questo caso ancora, non aver legato, che la sua parte in questo conacquisto? Questa questione sembra essere la stessa di quella trattata da Vinnio, *illust. quaest.* 11, 28, sopra il legato di una cosa, che apparteneva al testatore in comunione con un terzo. Vinnio, sopra questa quistione, riporta l' opinione di Accursio che opina, che il legato di una cosa, nella quale il testatore non aveva, che una parte, se non è espressamente ristretto a questa porzione, è della cosa intiera, allorchè il testatore non ha ignorato, che egli non vi aveva, che una parte. Come pure, che il legato della cosa altrui è valido, allorchè il testatore non ha ignorato, che essa apparteneva a un altro, secondo la decisione, che si trova nelle Istituzioni di Giustiniano, *tit. de leg.* § 5.

Vinnio abbraccia l' opinione contraria, che è quella di Bartolo, di Baldo, e di altri autori da lui citati; e decide, che il legato di una cosa, della quale sapeva il testatore di non avere, che una parte, si presume essere soltanto di questa parte, benchè non vi sieno de' termini nella disposizione, che lo restringano a questa sola parte. Egli fonda la sua opinione su questa massima di diritto, che si trova nelle Istituzioni *supradicto paragrapho: nemo praesumitur haeredem suum redemptione rei alienae gravare velle*; non si presume che un testatore, facendo un legato particolare, abbia voluto senza necessità incaricare il suo erede di compensare una cosa, che non fosse della sue eredità. Egli stabilisce in seguito la differenza a questo riguardo, tra il legato *rei alienae*, vale a dire tra una cosa nella quale il testatore non ha alcuna parte, e il legato *rei communis*, nella quale il testatore non ha, che una parte. Allorchè il legato è *prorsus rei alienae*, e che il testatore non ignorando, che essa non gli apparteneva, ha nulladimeno voluto legarla, la cosa spettando intieramente ad altri è necessario in questo caso di riconoscere, che il testatore ha voluto legare la cosa altrui, e conseguentemente, che egli ha voluto incaricare il suo erede di comperarla per darla al legatario; per conseguenza non può esservi luogo alla massima: *nemo praesumitur haeredem suum redemptione rei alienae gravare velle*.

Egli non è già lo stesso del legato di una cosa comune al testatore e ad un' altra persona; la massima *nemo praesumitur haeredem suum redemptione rei alienae gravare velle*, può ricevere applicazione perchè si può presumere, che il testatore, legando questa cosa, non ha inteso legare, che la parte, che egli aveva.

In appoggio della sua opinione Vinnio cita alcuni testi di diritto: la legge 24 *de instruct. fund. leg.*, è precisa per la sua opinione. Nerazio aveva detto, che, quando uno legava un podere co' mobili, che servono alla sua coltivazione, il legato comprendeva ancor quelli, che appartenevano al fittajuolo. Paolo decide, al contrario, che si deve piuttosto presumere, che il legato comprende soltanto quelli, che appartenevano al testatore: *fundus legatus est cum instrumento, instrumentum quod colonus in eo habuit legato cedit*, diceva Nerazio: Paolo ripiglia così: *an quod coloni fuit, an tantum in quod de eo testatori fuit? et hoc magis dicendum est, nisi nullum domini fuit.*

Finalmente Vinnio risponde alle obiezioni, che si fanno contro la sua opinione. La principale consiste a dire, nel linguaggio ordinario, *rei appellatione totum continetur*, quando si dice una tal cosa in termini indefiniti, s' intende del totale di questa cosa e non già di una sua parte: dunque quando il testatore ha detto, io lego una tal cosa, deve intendersi del totale di questa cosa, e non solamente della parte, che il testatore vi aveva. La risposta è pronta. Questa proposizione: *quando si dice una tal cosa in termini indefiniti, s' intende del totale della cosa*, non è vera se non nel caso in cui non concorrano delle circostanze, che facciano presumere, che s' intenda di una parte solamente della cosa, ciò che è stato detto in termini indefiniti.

Si deve ancora in questo secondo

caso indagare quale sia stata la volontà del testatore, per mezzo delle circostanze tanto della natura della cosa legata, che della qualità della persona del legatario.

La ragione, che serve di principale fondamento all' opinione di Vinnio, cioè, che *nemo praesumitur haeredem suum redemptione rei alienae gravare velle*, milita principalmente a riguardo del legato di una cosa, che appartenesse al testatore in comune con un terzo, col quale egli non abbia niente di comune fuorchè questa cosa: in questo caso appunto se la cosa fosse legata in totale, l' erede non potrebbe assolutamente pagare il legato, senonchè sborsando tanto, che basti per redimere la parte, che questo terzo ha nella cosa legata. Ma questa ragione non milita egualmente nel caso di un legato, che un marito ha fatto di una cosa della sua comunione; perchè in questo caso si può fare cadere la cosa legata nella parte dello erede del marito, nella divisione, che è da farsi de' beni della comunione tra lui e la vedova: con questo mezzo il legato potrà essere pagato, senza che l' erede sia gravato, *redemptione rei alienae*.

478. Il terzo caso è, allorchè il legato fatto da un uomo, che ha tra i beni della sua comunione la casa della croce bianca, sia concepito in questi termini: *lego a un tale la sua metà della casa della croce bianca e dei suoi mobili*. È nata la questione, se il testatore legando la metà *della sua casa e de' suoi mobili*, è riputato non aver legato, che la metà della sua parte nella casa e ne' mobili della comunione, ciò che fa il quarto del totale della detta casa e de' mobili. Si fa, in favore degli eredi del marito, questo ragionamento: egli è stato deciso, sopra il primo caso, che questi termini, *sua casa, suoi mobili*, si intendevano della parte, che egli avea nella casa, e di quella che egli avea nei mobili; dal che si conchiude, che nel caso di questo legato la metà della sua casa e de' suoi mobili, non è che la metà della sua parte nella casa e ne' mobili; nulladimeno è stato giudicato con sentenza dell' 8 febbrajo 1624, riferita da Lebrun, *l.* 2, *cap.* 2, *sezione* 1, *n.* 2, che il legato era di tutta la metà del marito nella casa e ne' mobili della comunione. Legare la metà di sua casa e de' suoi mobili, è legare la sua casa e i suoi mobili per la metà, che ne appartiene al testatore.

479. Il quarto caso è allorquando il testatore si è spiegato espressamente, che egli legava la cosa tutta intiera. Non vi è dubbio, che gli eredi del marito debbano o accomodarsi con la vedova, sulla parte, che essa ha nella cosa legata, per rilasciarla intiera al legatario, o, se essi non si possono accomodare con essa, pagarne al legatario la stima.

ARTICOLO II.

Spiegazione del secondo assioma.

480. Noi abbiamo detto, che le disposizioni, che il marito fa de' beni della comunione, non sono valide, se appajano fatte in frode della parte, che la moglie o i suoi eredi devono avere su i beni della comunione, al tempo della sua dissoluzione.

Ciò risulta dall' *art.* 225 dello Statuto di Parigi, riferito *supra*, n. 471, in cui dopo di aver detto, che il marito può disporre de' beni della comunione con donazioni o altre disposizioni, aggiunge questi termini, *a persona capace, e senza frode.*

481. L' eccesso della donazione fa presumere questa frode. Su questo fondamento lo Statuto del Poitou, *art.* 244, dopo aver detto, che il marito può donare i mobili e coacquisti di sua comunione aggiunge: *purchè ciò non sia in frode, come pure, che non sia per contratto generale di alienazione di tutti i suoi beni, perchè in questo caso la moglie potrebbe domandare la metà, e varrebbe il detto trasporto universale per la sola parte, che spettava al marito.* Lo Statuto di Saintonge, *tit.* 8. *art.* 67, ha una simile disposizione.

Lebrun, *l.* 2, *cap.* 2, *sez.* 1, *n.* 33, dice, che la frode si presume pure dal tempo nel quale è fatta la donazione. Per esempio, se il marito facesse una donazione alquanto considerevole durante l' ultima malattia di sua

moglie, essa dovrebbe essere riputata fatta in frode della parte, che gli eredi della moglie ne dovrebbero avere, il che è plausibile.

Quanto a ciò che Lebrun dice nel seguente numero, che la donazione tra vivi di un coacquisto, fatta dal marito, colla riserva di usufrutto a suo favore, è creduta fatta in frode, per la sola ragione, che l' usufrutto è riservato a lui solo, io avrei della pena ad esser del suo sentimento. Il marito poteva donare questo coacquisto puramente e semplicemente, e senza alcuna riserva di usufrutto, senza che sua moglie o gli eredi di lei avessero potuto querelarsene; per quale motivo se ne quererelerebbero essi, quando la donazione è fatta colla riserva di questo usufrutto? Non si può già dire, che egli profitti di questa riserva, perchè la comunione è quella, che profitta di questo usufrutto riservato, fintantochè essa dura; e dopo la sua dissoluzione a causa della morte della moglie, questo usufrutto, che il marito si è riservato essendo un bene della comunione si divide tra gli eredi del marito e della moglie, per tutto il tempo, che ei deve durare.

482. Il caso principale della frode è allorquando la disposizione fatta dei beni della comunione, tende ad avvantaggiare il marito o i suoi eredi, col pregiudizio della parte, che la moglie o gli eredi di lei debbono avere un giorno ne' beni della comunione.

Questa è l' interpretazione, che Molineo dà a questi termini dell' *art.* 107 dell' antico Statuto di Parigi, *a persona capace e senza frode:* questo è, dice egli, arricchir sè, o i suoi eredi, in diminuzione della comunione.

Per questa ragione tutte le volte, che il marito ha tratto profitto de' beni della comunione, *puta*, cavando dalla comunione delle somme per affari, che gli erano particolari, egli ne deve la ricompensa alla comunione allorchè questa sarà sciolta, e per conseguenza a sua moglie o agli eredi di lei per la parte che essi hanno nella comunione. Noi tratteremo di queste ricompense, *infra*, parte IV, ove ne percorreremo i varj casi.

Il marito non solo non può avvantaggiare direttamente se stesso su i beni della comunione, col pregiudizio della parte che la moglie ne avrebbe dovuto avere, ma non lo può neppure indirettamente: da ciò segue, che la donazione, che il marito facesse di un coacquisto della sua comunione a suo padre o ad alcun altro dei suoi parenti, di cui egli sia erede presuntivo, deve esser creduta fatta in frode; perchè egli non lo dona se non ad oggetto, che gliene ritorni la proprietà nell' eredità del donatario, e con questo mezzo avvantaggiare indirettamente se stesso a pregiudizio della parte, che avrebbe avuta sua moglie in questo coacquisto, se non l' avesse donato.

483. Non solo il marito non può avvantaggiare se stesso co' beni della comunione, egli non può neppure, come lo dice Molineo, *arricchire i suoi eredi*, ciò che comprende i figli, che egli ha da un precedente matrimonio, e, a di loro mancanza, quelli di sua famiglia, che sono in grado di succedergli. Egli non può adunque niente donare a queste persone dei beni della sua comunione, con pregiudizio della parte, che vi devono aver sua moglie, o gli eredi di essa al momento della sua dissoluzione.

Si deve riguardare una donazione come sospetta di frode e come fatta ad un incapace, non solo quando essa è fatta allo stesso incapace, ma anche quando è fatta ai figli dell' incapace, sopra tutto allorchè non si vegga, che il donante abbia avuto altro motivo per farla a' medesimi, che quello di eludere la legge, che non gli permetteva di farlo allo stesso incapace.

484. Non vi ha che le donazioni, che il marito fa a' suoi eredi presuntivi, che sieno riputate fatte in frode della parte della moglie; quelle, che ha fatte a' suoi parenti collaterali, per prossimi, che gli sieno, quando essi non sono già suoi eredi presuntivi, non sono credute fatte in frode. Così è stato giudicato con una sentenza del 14 agosto 1571, *consultis classibus*, riportata dai comentatori dello Statuto di Parigi, nel caso di una donazione di alcuni beni della sua comunione fatta da un uomo a sua nipote, che non era sua presunta erede, essendo essa preceduta da' fratelli pei qua-

li si trovava esclusa, la rappresentanza in linea collaterale non essendo stata introdotta che dal nuovo Statuto. La vedova avendo domandato, che l' ammontare di questa donazione fosse dedotto sulla parte degli eredi del marito, la sua domanda fu rigettata. Guerino, che riferisce questa sentenza, ne cava questo assioma: *sic soli haeredes pro incapacibus habentur; sanguinis autem ratio fraudis suspicionem non inducit.*

485. Le donazioni tra vivi, essendo atti, che hanno il loro effetto al tempo del contratto, perciò si deve aver riguardo al tempo della donazione per decidere se essa è stata fatta *a persona capace e senza frode*, o se è stata fatta ad una persona, che la faccia presumer fatta in frode della porzione della moglie, e siccome la qualità di erede presuntivo del marito nella persona del donatario, è quella, che dà luogo a tale presunzione di frode, basta che al tempo della donazione il donatario sia stato erede presunto del marito, perchè vi sia luogo a tale presunzione, e perchè al tempo della dissoluzione di comunione la moglie o i suoi eredi sieno fondati a domandarne l' equivalente.

Non importa, che questo donatario non sia già pervenuto alla successione del marito, sia per la premorienza di questo donatario, sia per la sua rinuncia a questa successione, sia perchè sia sopravvenuto dopo la donazione un figlio al marito, che ha fatto perdere a questo donatario la qualità di erede presunto; perchè, come lo abbiam detto, basta, che egli abbia avuto nel tempo della donazione questa qualità, perchè essa abbia viziata la donazione, ed abbia impedito, che essa non potesse pregiudicare alla moglie. Questo è il sentimento di Lebrun, *ibid.*, n. 26 e 28.

486. Come si deve decidere nel caso inverso? Se il donatario, al tempo della donazione, non era l' erede presunto del marito, che avea allora dei figli, e, che dipoi, per la morte di essi, ne sia divenuto erede, la donazione, che gli è stata fatta, sarà essa valida a pregiudizio della parte della moglie? Lebrun, n. 27, decide per la negativa, perchè, dice egli, *sarebbe ingiusto che essendo donatario dei coacquisti a pregiudizio della moglie, egli venisse ancora a dividere il restante.* Questa mi sembra essere una petizione di principio; imperciocchè ciò è precisamente in questione, cioè se questa donazione fatta ad una persona, che non era, al tempo della donazione, erede presuntiva del marito può esser riputata fatta *a pregiudizio della moglie.* Ed è parimente in questione, se sia ingiusto, che questo donatario, essendo in seguito divenuto erede del marito, divida con la moglie il restante dei coacquisti che si sono trovati in tempo della dissoluzione della comunione senza dedurre sulla sua parte quelli che gli sono stati dati. In sostanza, sopra questa questione si può dire, contro il sentimento di Lebrun, che una moglie non avendo diritto, che alla divisione dei beni, che la comunione ha al tempo, che si discioglie, le donazioni dei coacquisti della comunione fatte a titolo singolare a persone capaci e senza frode, non si reputano fatte a pregiudizio della moglie, che non aveva nè doveva avere alcun altro diritto alle cose donate, non dovendone avere, che a quelle, che vi resteranno: ora non essendovi, che i parenti del marito, che sono suoi eredi presunti, che non sieno *persone capaci*, la donazione fatta dal marito a questo parente, che in tempo della donazione non era suo presunto erede, è stata fatta allora *a persona capace* e senza frode. In conseguenza le cose sono state allora validamente donate dal marito, tanto per la sua parte, che per quella, che vi aveva sua moglie, poichè si reputa, che questa le abbia allora essa stessa donate per la sua parte nella qualità di comune per mezzo di suo marito. Le donazioni tra vivi avendo un effetto presente e irrevocabile, la qualità di erede presuntivo del marito, che è in seguito sopravvenuta al donatario, non ha potuto portare alcun cangiamento.

Ciò non ostante, se in tempo della donazione era almeno verosimile, che il parente del marito, cui essa è stata fatta, sarebbe un giorno suo erede, benchè egli non fosse ancora in grado di succedergli, io non credo, che

in questo caso la donazione dovesse esser riputata fatta a persona capace, e senza frode. Per esempio, se il marito il quale non aveva, che un figlio ammalato di una pulmonea nei suoi ultimi periodi, non potendo sperare, che questo figlio gli sopravvivesse, avesse fatto donazione di un coacquisto a suo nipote, che era il suo più prossimo parente dopo questo figlio, la donazione non deve riputarsi fatta a persona capace; perchè quantunque il donatario non fosse ancora in grado di succedergli, nulla di meno il donante lo riguardava già come quello, che doveva succedergli; ciò che basta perchè questo donatario non possa essere riguardato come persona capace, e perchè la donazione debba essere creduta fatta *in frode* e col disegno di arricchire i suoi eredi a spese della comunione.

Io credo che questa decisione debba aver luogo, anche nel caso in cui essendo poco dopo morto il donante, il nipote non fosse stato suo erede: egli basta, che in tempo della donazione il donatore l' abbia potuto riguardare come tale, perchè egli non fosse persona capace.

487. Se il parente al quale il marito ha fatto donazione di una somma di danaro, o di un coacquisto della comunione, non era già suo erede dei mobili e coacquisti, ma lo era dei beni proprj di una certa linea, la donazione sarebbe essa fatta ad una persona capace? Lebrun, *ibib.*, n. 25, è per la negativa: egli pensa, che basta, che il donatario sia erede presunto del marito in qualunque siasi modo, perchè non possa riputarsi persona capace. Questo sentimento mi sembra soffrire molte difficoltà: benchè il donatario sia erede presunto nei beni proprj di una certa linea, non essendo erede presunto ai mobili e coacquisti, egli è assolutamente estraneo rapporto alle cose, che gli sono donate.

488. Ciò che abbiamo detto sin ora, che il marito non può donare alcun fondo della comunione *ai suoi eredi* in pregiudizio di sua moglie, deve intendersi dei suoi eredi particolari, come sono i figli, che egli ha da un precedente matrimonio, o, in mancanza dei figli, i suoi parenti collaterali, che sono nel grado di succedergli, ma non deve intendersi dei figli, che sono comuni a lui ed a sua moglie.

La ragione, per la quale un marito non può avvantaggiare i suoi eredi a spese della comunione, è, che avvantaggiare i suoi eredi è in qualche maniera un avvantaggiare se medesimo; poichè noi riguardiamo quelli, che ci devono succedere, come dovendo essere la continuazione di noi stessi, e che è per essi, che noi lavoriamo: per questa ragione il marito non può donare alcun fondo della sua comunione ai suoi eredi presunti in pregiudizio di sua moglie, perchè ciò sarebbe, come l' abbiamo detto, avvantaggiare in certa maniera se stesso nella persona dei suoi eredi; ma non si può dir cio di una donazione di qualche fondo della comunione, che il marito facesse ad un figlio comune; perchè questo figlio non appartenendo meno a sua moglie, che a lui, non si può già dire, che egli si arricchisca nella persona di questo figlio a pregiudizio di sua moglie; il figlio non essendo meno caro alla madre, che al padre, se ciò, che è donato al figlio, è stipulato una ricchezza pel padre, non si reputa meno una ricchezza per la madre.

Dunque mal a proposito Lebrun sostiene, che quando un marito ha dotato un figlio comune di alcuni beni della comunione, la moglie, che non ha avuto parte nelle costituzione della dote, può pretendere il compenso dopo la dissoluzione della comunione. L' argomento di Lebrun consiste a dire la madre non è obbligata di dotare, perchè fra noi vi è la massima, che non dota chi non vuole; ed essa si troverebbe aver donato contro la sua volontà, se non avesse il compenso di ciò, che il marito ha cavato dalla comunione per dotare il figlio comune: dunque essa è fondata a pretendere questo compenso.

Io rispondo convenendo con Lebrun della massima *non dota chi non vuole*; ne viene solamente da questa massima, che la moglie se non vuole non è obbligata di dotare in suo proprio nome, e sopra i suoi proprj beni; ma allorchè il marito come

capo della comunione dota un figlio comune co' beni della comunione, la moglie rappresentata da suo marito, capo della comunione, è riputata non in suo proprio nome, ma nella sua qualità di comune, dotare unitamente a suo marito senza che essa vi acconsenta, nello stesso modo che allorquando il marito fa donazione a un estraneo di beni comuni, la moglie benchè assente e senza il suo consenso è riputata nella sua qualità di comune, coll' opera di suo marito e unitamente a lui, far donazione a questo estraneo dei detti beni per la parte, che essa vi ha.

Denisart sulla parola coacquisti riporta delle sentenze, che hanno giudicato conforme alla nostra opinione, e contro quella di Lebrun, che i figli comuni fossero persone capaci alle quali il marito potesse donare de' beni della comunione senza il consenso di sua moglie, e senza che ne potesse pretendere il compenso. Nulladimeno, se apparisse dalle circostanze, che il marito donando a un figlio comune de' beni della comunione, avesse avuto intenzione di darglieli non come capo della comunione; ma in suo proprio nome e sulla sua parte; ciò che egli ha così donato deve essergli dedotto sulla sua parte in tempo della divisione della comunione, dopo che sarà disciolta. Così è stato giudicato colla sentenza del 30 aprile 1677, riportata nel primo tomo del Giornale del foro. Nel caso di questa sentenza, il padre aveva donato durante la sua comunione a un figlio comune la metà di un coacquisto, e la donazione era concepita in questi termini: *la metà per indiviso a lui appartenente del suo coacquisto delle terre di Montgeron*, ec. Egli era evidente in questo caso, che il marito non aveva inteso donare, che in suo nome, e sopra la sua parte, e perciò fu giudicato, che la vedova nel divider la comunione dovesse prelevare l' altra metà di questo coacquisto.

Per la stessa ragione, che la donazione di beni comuni fatta a un figlio comune, è riputata fatta *a persona capace, e senza frode*, si può pure sostenere, che se il marito e la moglie avessero la stessa persona per erede presunta, ciò che può sovente accadere allorchè un uomo ha sposato una cugina germana, tale donazione, che il marito facesse a una persona, che fosse erede presunta tanto di sua moglie, che di lui, dovrebbe essere riputata fatta a persona capace e senza frode.

489. Vi sono certe donazioni fatte dal marito ad un figlio di un precedente matrimonio, che sebbene di beni comuni non sono già riputate fatte in frode della parte della moglie, tali sono le donazioni di alimenti. Vi sono però alcune distinzioni a fare; allorchè il figlio, che il marito ha da un precedente matrimonio, non ha dei beni onde sovvenire a' suoi alimenti, quelli che il padre fornisce dal fondo comune sono meno una donazione, che gli fa, che il pagamento di un debito naturale; questi alimenti, benchè forniti dal fondo della comunione a questo figlio di un precedente matrimonio non potendo adunque essere riguardati come dati in frode, la moglie non ne può pretendere alcun compenso, i debiti di ciascuno de' conjugi essendo un peso della comunione.

490. *Quid*, se vi fosse nel contratto di matrimonio una convenzione espressa o tacita di separazione di debiti, la moglie potrebbe essa pretender compenso delle somme cavate dalla comunione per gli alimenti di questo figlio? Io penso, che anche in questo caso la moglie non abbia a pretendere compenso: questi alimenti sono come una rendita vitalizia, che il marito dovea prima del suo matrimonio, ora noi abbiam veduto, *supra*, *n*. 360, che anche in caso di separazione di debiti non era già dovuto il compenso alla comunione per annualità decorse durante il tempo della comunione e pagate coi danari comuni, perchè queste annualità erano un peso annuo, che diminuiva di pieno diritto le entrate del marito debitore della rendita, che cadono nella comunione. Si può dire altrettanto degli alimenti, che egli doveva al suo figlio del primo letto.

491. Se questo figlio avesse un fondo sufficiente onde sovvenire a' suoi alimenti, il padre in questo caso non gliene deve: quindi se avendoglieli forniti dal fondo dalla sua seconda co-

munione, egli non gli ha messi nel conto delle spese, che gli ha reso, e che con questo mezzo il resto di questo conto, che è stato pagato a questo figlio dalla seconda comunione si sia trovato di maggior somma, la somma, che eccede se gli alimenti fossero stati portati in esito, è un vantaggio, che il marito è riputato aver fatto coi danari della comunione a questo figlio, e di cui il marito va debitore.

Ciò ha luogo allorquando per una rimessione puramente gratuita il marito non ha compreso nel conto, che egli ha reso al figlio, gli alimenti, che gli ha forniti su i beni della comunione. Ma se non gli avesse compresi nelle spese per un compenso, che ne abbia fatto pe' servigj, che questo figlio avesse resi alla casa, egli è evidente, che non avrebbe fatto in questo caso alcun vantaggio al figlio, e che non vi ha luogo ad alcun compenso.

492. Benchè noi non dobbiamo degli alimenti ai nostri collaterali, se il marito aveva per erede presunto uno de' suoi parenti collaterali, che fosse nell' indigenza, e che egli avesse cavato dalla sua comunione di che somministrargli degli alimenti, io non credo, che questa donazione di alimenti debba essere riguardata come fatta in frode della parte della moglie, e che debba dar luogo ad un compenso; questo è il pagamento di un debito naturale, è un' elemosina; non si può già dire in questo caso, *che egli ha arricchito il suo erede* a spese della comunione; egli gli ha solamente somministrato di che vivere.

493. Allorchè al marito ha avuto presso di lui il suo erede presunto per fargli compagnia, e che per questa considerazione egli non abbia esatto da lui pensione alcuna benchè egli avesse il mezzo di pagarla, io non credo, che ciò debba passare per una donazione fatta in frode, e che dia luogo al compenso; non si deve già prender così rigorosamente la proibizione di avvantaggiare i suoi eredi a spese della comunione.

494. Vi ha un altro caso in cui la donazione, che il marito ha fatto di alcuni beni della comunione al suo erede presunto in linea collaterale, non è fatta in frode, e non dà per necessaria conseguenza luogo ad alcun compenso; questo è il caso in cui la moglie vi ha espressamente acconsentito, e sopra tutto quando essa ha avuto parte nel contratto, e donato unitamente a suo marito. Egli è evidente, che in questo caso la donazione non può comparire fatta in frode della moglie, perchè *nemo volens fraudatur*. Nulladimeno Lebrun, *ibid.*, n. 23, dice, che la nostra decisione non deve aver luogo, che nello Statuto di Parigi, che permette espressamente allo uno de' conjugi senza figli di donare ai figli dell'altro, ed a più forte ragione agli eredi presunti in linea collaterale dell' altro; ma egli sostiene, che negli altri Statuti, ad eccezione di quello di Parigi, non è permesso all' uno de' conjugi di donare nè a' figli nè agli eredi presunti, quantunque collaterali dello altro conjuge; dal che egli conclude, che quando una moglie ha donato, unitamente a suo marito, de' beni della comunione a un erede presunto di suo marito, la donazione è nulla per la metà, che la moglie ha donata, e che vi ha luogo al compenso per l' altra metà, che ha donata il marito.

Io convengo con Lebrun, che in tutti gli Statuti, ad eccezione di quello di Parigi, non è permesso ad alcuno de' conjugi di donare a' figli, che l' altro conjuge ha da un precedente matrimonio, come siamo per vedere nel seguente numero; ma non so dove egli abbia trovato, che fosse similmente vietato a un conjuge di donare agli eredi presunti in linea collaterale dello altro conjuge: quest' asserzione di Lebrun non è fondata, nè sopra alcuna ragione, nè sopra alcuna autorità, ed è contraddetta dall' uso. Egli cita Ricard, *Trattato delle donazioni*, p. 1, n. 727, ma Ricard al luogo citato dice solamente, che l' uno de' conjugi non può donare al padre, madre, e figli dell' altro conjuge, e non dice neppure una sola parola de' collaterali. Si deve dunque tenere per costante, che la moglie potendo validamente donare ai parenti collaterali di suo marito, benchè suoi eredi presunti, essa può ancora validamente consentire alle donazioni, che fa suo marito durante la comunione, e

che mediante questo consenso, le donazioni non sono riputate fatte in frode, e non danno luogo ad alcun compenso.

495. Egli non è lo stesso de' figli, che il marito ha da un precedente matrimonio; in tutti gli Statuti, che non permettono ai conjugi di avvantaggiarsi durante il matrimonio, ad eccezione del solo Statuto di Parigi, non è neppur permesso a una moglie di donare durante il matrimonio a' figli di suo marito di un precedente matrimonio, di quel che s'a permesso di donare allo stesso suo marito. Ciò è fondato sopra questo principio, che l'affezione, che noi abbiamo pe' nostri figli, ci fa riguardare ciò, che loro si dona, come essendo donato a noi stessi: *quod donatur filio, videtur donatum patri.* Ma se la moglie non può donare a' figli di suo marito di un precedente matrimonio, essa non può nemmeno con un consenso, che ella desse alla donazione, che il marito fa ai detti figli, de' beni della comunione, rinunciare al compenso al quale questa donazione deve dar luogo.

496. Le persone, che sono incapaci di accettare le donazioni, che il marito ha loro fatte de' beni della comunione, come sono i figli di un precedente matrimonio, ed in mancanza di figli i suoi eredi presunti collateralmente, non ne sono incapaci, che rispetto alla moglie, e non rispetto al marito, che loro ne fa donazione. Quindi tali donazioni non sono nulle, ma non possono portare alcun pregiudizio alla moglie, e devono in conseguenza essere riputate fatte sulla sola parte del marito ne' beni della comunione: e perciò nella divisione de' beni comuni, che deve farsi dopo la dissoluzione della comunione, il marito o i suoi eredi ne devono dare il compenso, riportando per finzione nella massa della comunione l'ammontare delle dette donazioni, il quale deve esser prelevato dalla parte del marito.

Il marito non deve compensare, che le somme, che egli ha donate a queste persone; ma non è obbligato di compensarne gl'interessi dal tempo della donazione sino alla dissoluzione di comunione. Similmente, allorchè abbia donato de' conquisti, egli non è obbligato di tener conto de' frutti, che il donatario ne ha percepiti; ma dal giorno della dissoluzione della comunione, gl'interessi della somma dovuta alla comunione pel compenso delle dette donazioni, sono dovuti come tutte le altre specie di compensi, come lo vedremo nella quarta Parte.

ARTICOLO III.

Del diritto della moglie su i beni della comunione.

497. Il diritto della moglie su i beni della comunione, finchè essa dura, non è che un diritto informe; poichè non solamente essa non può sola e da se stessa disporre in niente della parte che ella vi ha, ma è suo marito colui, che in qualità di capo della comunione ha solo il diritto di disporre, come di sua propria cosa, di tutti i beni che la compongono, tanto per la parte della moglie che per la sua, senza esserne responsabile, come abbiamo veduto *supra, art.* 1.

Il diritto della moglie si riduce dunque, finchè dura la comunione, ad una semplice speranza di dividere i beni di cui essa si troverà composta al tempo della sua dissoluzione; questa dissoluzione dà luogo al diritto della moglie, diritto vero ed effettivo di proprietà per la metà di tutti i beni di cui si troverà allora composta.

498. La moglie non può, come lo abbiamo detto, sola e da sè stessa, disporre della minima parte della comunione finchè essa dura; ma però ne può disporre unitamente a suo marito.

Essa può disporre e contrattare dei beni della comunione unitamente a suo marito in due differenti maniere, o nella sua sola qualità di comune, o in suo proprio nome.

Allorchè il marito dispone e contratta solo de' beni della comunione, siccome si reputa ch' ei contratti nella sua qualità di capo della comunione, in conseguenza è riputato contrattare tanto per lui che per sua moglie; e sua moglie, benchè non sia presente nè nominata nel contratto, è riputa-

ta contrattare con lui per la parte che essa ha nella comunione; ma essa non è riputata contrattare che nella sua sola qualità di comune, e non in suo proprio nome; quest' è la ragione per cui rinunciando alla comunione essa può discaricarsi di tutti gli obblighi, che risultano dal contratto, anche in faccia a colui col quale suo marito ha contrattato.

Ciò ha luogo non solo riguardo agli obblighi, che nascono da' contratti, ma riguardo a tutti quelli, che il marito contrae durante la comunione. Per esempio, allorchè il marito, durante la comunione, contrae verso qualcuno l' obbligo di riparare il torto, che gli ha cagionato con qualche delitto, la moglie non è per verità riputata aver commesso con suo marito il delitto, che egli ha commesso; ma si reputa essersi obbligata con lui, nella sua qualità di comune, alla riparazione di questo delitto.

499. Se allorquando il marito contratta e dispone di alcuni beni della comunione, la moglie autorizzata è presente e partecipa al contratto, essa contratta in questo caso non solo nella sua qualità di comune ne' beni, ma in suo proprio nome; e non può in questo caso, rinunciando alla comunione, discaricarsi degli obblighi risultanti da questo contratto in faccia al creditore col quale essa ha contrattato; salvo a farsene indennizzare da suo marito, o dai di lui eredi.

500. Allorchè una moglie, esercente pubblica mercatura, dispone de' beni della comunione con contratti relativi al suo commercio, essa è riputata disporne unitamente a suo marito, il quale tollerando il di lui commercio, è riputato approvare questi contratti e farli con sua moglie. Siccome è la moglie medesima, che in questo caso contratta, essa si obbliga non solo nella sua qualità di comune, ma in suo proprio nome.

501. Il diritto della moglie avendo luogo per la dissoluzione della comunione, nacque la quistione, se provenendo questa dissoluzione da una condanna della moglie, la metà de' mobili e conquisti, che ha la moglie cadessero nella confisca. Gli Statuti di Turena, *art.* 255, e del Borbonese, *art.* 266, hanno deciso per l' affermativa; il più gran numero ha deciso per la negativa, e questo è il diritto comune confermato colla decisione del 14 maggio 1703, riportata da Denisart sulla parola *confisca*. La ragione è, che il diritto, che ha la moglie su i beni della comunione, non potendo aver luogo che al momento della dissoluzione, e la moglie in questo caso trovandosi, al tempo della dissoluzione, morta civilmente, e la morte civile, essendo quella, che opera questa dissoluzione, egli ne segue che in questo caso il diritto della moglie su i beni della comunione non ha giammai potuto aver luogo a mio favore, non potendo esservi apertura di un diritto a profitto di questa moglie, che non esiste nella civile società: non trovandosi dunque ne' beni della moglie, al tempo della sua morte civile, che dà luogo alla confisca, alcun diritto aperto e formato, che essa avesse nei beni della comunione, il fisco non può nulla confiscare.

Si opporrà forse, che allorquando la dissoluzione della comunione accade per la premorienza della moglie, essa trasmette il suo diritto su i beni della comunione a' suoi eredi, quantunque in tempo della sua morte, che ha operato la dissoluzione della comunione, essa non esistesse più, non solo civilmente ma neppure naturalmente; adunque allorquando la dissoluzione della comunione accade per una condanna capitale della moglie, essa può similmente trasmettere il suo diritto su i beni della comunione al fisco, che le succede, benchè essa non esistesse più nella civile società allorchè si discioglie la comunione.

La ragione di tale differenza è, che quando noi contrattiamo, si reputa chè contrattiamo per noi e pei nostri eredi: *qui paciscitur sibi haeredique suo paciscitur*. E perciò allorquando non vi ha apertura ai diritti risultanti da un contratto vivente la persona, che ha contrattato, può loro farsi luogo dopo la sua morte a profitto de' suoi eredi, poichè essi sono riputati compresi nel contratto, le parti contrattanti essendo credute aver contrattato per esse e pe' loro eredi. Può dunque a profitto degli eredi della

moglie darsi luogo al diritto di lei su i beni della comunione, benchè la dissoluzione della comunione, che vi dà apertura, aceada per la premorienza della moglie, perchè la moegli stipulando una comunione di beni, l' ha stipulata per sè e pe' suoi eredi. Ma non si può dire similmente che la moglie, stipulando una comunione di beni, sia riputata averla stipulata per sè e pel fisco, se egli divenisse successore di lei.

Adunque non può esservi apertura, a favore del fisco, al diritto della moglie su i beni della comunione, ed essa non può trasmettere al fisco la metà dei detti beni, a meno che il diritto non abbia avuto luogo mentre era vivente.

502. La dissoluzione di comunione, che avviene per la condanna della moglie ad una pena capitale, non potendo dare apertura al diritto della moglie su i beni della comunione, nè a profitto della moglie nè a vantaggio del fisco, che le succede, la parte della moglie ne' detti beni, debb' essa restare al marito *jure non decrescendi*, o deve essa appartenere agli eredi della moglie? Pare che non debba appartenere agli eredi della moglie, e che debba appartenere al marito, *jure non decrescendi*: la ragione è, che il diritto di avere degli eredi, a' quali noi trasmettiamo la nostra eredità, è un diritto che noi abbiamo dalla legge civile, e che non può appartenere per conseguenza che alla persona cui la legge civile l' accorda: nelle provincie in cui ha luogo la confisca, la legge civile non accorda punto questo diritto alle persone che sono condannate ad una pena capitale; i figli o altri parenti della moglie condannata ad una pena capitale, non hanno dunque il diritto di chiamarsi suoi eredi, e di domandare in questa qualità la sua parte ne' beni della comunione, la quale deve in conseguenza restare al marito, *jure non decrescendi*. Questa è la disposizione degli Statuti di Nivernese, *cap.* 2, *art.* 4, e di Auxerre, *art.* 29. Questo è il sentimento di Bacquet, *Trattato dei diritti di giustizia, cap.* 15. Sembra che questo fosse pure quello di Molineo, il quale sull' *art.* 3 del *cap.* 5 dello Statuto di Montargis, dice, *jure societatis praemanente marito per jus non decrescendi.*

Vi sono nulladimeno alcuni Statuti, che assegnano agli eredi della moglie condannata a morte la sua parte nei beni della comunione; il nostro Statuto di Orleans è in questo numero. L' *art.* 209 dice: *la moglie condannata e giustiziata pe' suoi demeriti, non confisca i mobili e coacquisti d'immobili, che essa e suo marito hanno al tempo della condanna; per lo contrario restano agli eredi della detta moglie.* Lo Statuto di Laon, *art.* 209, ha una simile disposizione. La ragione sulla quale si sono fondati questi Statuti è, che la confisca è quella, che priva la persona condannata del diritto di trasmettere la sua eredità ai suoi eredi; e che siccome la trasmette loro nelle provincie in cui la confisca non ha luogo, ella può egualmente, nelle provincie in cui ha luogo, trasmettere a' suoi eredi i suoi diritti, i quali non essendo ancora aperti al tempo della confisca, non hanno potuto cadere nella medesima.

Rimarcate i termini dei quali si serve lo Statuto, *la moglie condannata, e giustiziata*: con questi termini *e giustiziata* lo Statuto insinua, che sino a che la condanna della moglie ad una pena capitale non sia stata seguita dalla sua morte naturale, il marito ha il diritto di ritenere la parte della moglie ne' beni della comunione sino alla di lei morte naturale, come se non vi fosse stata dissoluzione di comunione; non dovendo il marito soffrire del delitto di sua moglie, che l' ha privata del suo stato civile.

PARTE TERZA

DELLA DISSOLUZIONE DI COMUNIONE, DELL' ACCETTAZIONE CHE NE FANNO LA MOGLIE O I SUOI EREDI, E DELLA LORO RINUNCIA ALLA COMUNIONE.

Noi esporremo nel primo capitolo le differenti maniere, colle quali si discioglie la comunione. Nel capitolo secondo noi tratteremo dell'accettazione della comunione per parte della moglie o suoi eredi, e della loro rinuncia.

CAPITOLO PRIMO.

De' modi con cui si scioglie la comunione.

Noi percorreremo in un primo articolo le differenti maniere con cui si scioglie la comunione, ed in un secondo tratteremo in particolare della separazione.

ARTICOLO PRIMO.

Quali sieno le differenti maniere con cui si scioglie la comunione.

503. La comunione, che esiste tra marito e moglie, si scioglie come tutte le altre società, colla morte naturale dell'una o dell'altra parte, *morte socii solvitur societas.*

504. Essa si scioglie pure colla morte civile, che sopravviene ad una delle parti per una condanna ad una pena capitale.

Benchè questa morte civile non impedisca, che il matrimonio sussista quanto al legame naturale, nulla di meno più non sussiste come matrimonio civile, e non ne produce gli effetti: dal che segue, che la comunione conjugale, che era tra le parti, la quale era uno degli effetti civili del matrimonio, non può più sussistere; essendo questa una cosa di diritto civile, non può più esservi comunione con una persona, che più non esiste nella civile società.

Quantunque, secondo questi principj, la condanna della moglie ad una pena capitale debba operare la dissoluzione della comunione, nulladimeno, siccome il marito non deve soffrire pel delitto di sua moglie nel quale egli non ha avuto parte, nè soggiacere alla pena di questo delitto, alcuni autori hanno preteso, che il marito oltre la metà di sua moglie nei beni della comunione, che egli riteneva *jure non decrescendi*, come noi abbiamo veduto, *n.* 501, dovesse ancora godere delle entrate de' beni proprj di sua moglie, confiscate sino alla di lei morte naturale, come se non vi fosse stata dissoluzione di comunione; ma Denisart, alla parola *confisca*, riporta una sentenza del 14 marzo 1703 pronunziata nella prima camera de' ricorsi sopra una divisione di pareri nella grande camera, colla quale è stata rigettata la pretensione del marito per rapporto alle en-

trate dei beni proprj di sua moglie confiscati.

505. Allorchè uno de'conjugi è assente, senza che si sappia se sia morto o vivo, la comunione è provvisoriamente riputata disciolta dal giorno della domanda, che gli eredi presunti dell' assente, i quali secondo il tempo fissato si sono fatti mettere in possesso de' beni dell' assente, hanno data contro il conjuge presente, o dal giorno di quella, che il conjuge ha data contro di essi.

Non si può pretendere, che essa sia stata disciolta prima per mancanza di poter provare il tempo della morte dell' assente, che doveva dare luogo alla dissoluzione. Se l' assente ricomparisse, qualunque sia la divisione, che si fosse fatta dei beni della comunione, essa sarebbe riputata non essere stata giammai disciolta; e quelli, che provvisoriamente sono stati messi in possesso dei beni dell'assente sarebbero tenuti di renderne conto.

506. La comunione si scioglie colla separazione de' beni: noi ne tratteremo particolarmente nel seguente articolo.

Essa si scioglie pure colla separazione di abitazione, la quale porta sempre seco la separazione di beni; questa materia riguardante la separazione di abitazione è di già stata da noi spiegata nel nostro *Trattato del Contratto di Matrimonio*, *p.6*, *cap.* 3, perciò ivi rimandiamo il lettore.

507. La sentenza che, sull' istanza del marito, dichiara la moglie convinta d'adulterio, opera pure la dissoluzione di comunione, e priva la moglie di prendervi parte. Vedete ciò che abbiamo detto nel nostro *Trattato del Matrimonio*.

Nulladimeno se il marito, nel termine in cui il giudizio di condanna gli permette di riprendere sua moglie, l'avesse ricondotta in sua casa, sarebbe considerato come averle perdonato il suo fallo, e mediante questo perdono, le parti sarebbero riputate avere ristabilito la loro comunione di beni, che si reputerebbe aver continuato.

508. Il giudizio, che dichiara nullo un matrimonio, non importa tanto una dissoluzione della comunione conjugale, quanto una dichiarazione, che non vi è giammai stata una vera e conjugale comunione; la convenzione di comunione essendo, come tutte le altre convenzioni de' contratti di matrimonio, dipendente dalla condizione *si nuptiæ sequantur*.

Osservate, che se non vi è stata una vera comunione conjugale, vi è però stata tra le parti una società di fatto, nella divisione della quale ciascuna delle parti deve ritirare ciò, che vi ha messo, e gli utili devono essere tra esse parti divisi. Così è stato giudicato tra gli eredi di Sailli e quelli di Carlotta di Crequi.

509. Lo stato di furore o di demenza dell' uno o dell'altro conjuge, non scioglie la comunione, almeno *ipso jure*; questo stato del marito può solamente essere per la moglie una causa di domandare la separazione.

ARTICOLO II.

Della separazione de' beni.

Noi vedremo sopra questa materia: 1. per quali cause possa intervenire la separazione di beni, e da chi possa essere domandata; 2. come si faccia questa separazione; 3. come ella possa essere annichilata.

§ 1. *Per quali cause può intervenire la separazione de' beni.*

510. La moglie può domandare contro suo marito la separazione di beni, per le stesse cause per le quali secondo il diritto romano la moglie, durante il matrimonio, poteva domandare la restituzione della sua dote.

La legge 24, *ff. sol. matrim.* ci fa conoscere quali sieno queste cause. Ciò avviene, dice la legge, tutte le volte, che la dote della moglie è in pericolo, e che si vede, che il cattivo stato degli affari del marito rende i suoi beni insufficienti per garentirla. *Si constante matrimonio propter inopiam mariti mulier agere volet, unde exactionem dotis initium accipere ponamus? Et constat exinde dotis exactionem competere, ex quo evidentissime apparuit mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere.*

Nulladimeno non è necessario, perchè la moglie sia ammessa a domandare la separazione, che suo marito sia divenuto intieramente insolvibile, la separazione essendo allora per essa un inutile rimedio; basta, che egli cominci a divenirlo, e che la cattiva piega, che prendono i suoi affari dia luogo a temere, che ei lo divenga viemmaggiormente.

Egli non è già necessario, che il cattivo stato degli affari del marito sia avvenuto per sua colpa e per la sua cattiva condotta: quantunque il disordine dei suoi affari sia accaduto senza sua colpa, per causa di considerabili perdite sopravvenute nel suo commercio, che egli non aveva potuto prevedere, basta, per ottenere la separazione, che i beni del marito non sieno più sufficienti per garentire la dote della moglie.

511. La mancanza d'impiego dei denari dotali della moglie, che essa si è riservati come beni proprj nel contratto di matrimonio, può esser pure un motivo per ottenere la separazione, soprattutto allorchè questo impiego è stato stipulato col contratto di matrimonio: così è stato giudicato con sentenza del 10 gennajo 1699 riportata da Augear, *tom.* 3, *cap.* 47; ciò dipende però dalle circostanze, e questa mancanza d'impiego non sarebbe sola un motivo sufficiente per la separazione, se non apparisse pericolo per la dote, sia perchè il marito non avesse abbastanza di fondi stabili per garantirla, sia perchè egli avesse dei debiti considerabili anteriori al matrimonio. La sentenza qui sopra citata, e riportata da Augear, era appunto in questo caso: e quest'è pure la ragione per cui la si deve conciliare con altre sentenze, che hanno rigettata la domanda della moglie per la separazione, che essa fondava sopra questa mancanza d'impiego.

512. Il pericolo della dote della moglie essendo l'ordinario fondamento delle domande di separazione di beni, se ne deve egli concludere, che una moglie, che non ha portato alcuna dote a suo marito, non possa giammai domandar questa separazione? No; perchè una moglie, che non ha portato alcuna dote può avere delle qualità, che gliene tengan luogo, per esempio, se essa è un'abile cucitrice, un'eccellente ricamatrice, ec. Se questa donna ha un marito dissipatore, tutt'i guadagni, che essa fa col suo lavoro entrando nella comunione, non servono, che a contribuire alle dissolutezze di sua marito, o sono la preda dei suoi creditori; la moglie ha dunque interesse di ottenere la separazione dei beni per conservarsi nello avvenire i guadagni, che essa può fare col suo lavoro.

513. Non v'è che la moglie, che possa domandare contro suo marito la separazione di beni; il marito essendo l'assoluto padrone di liberamente disporre di tutti i beni della comunione, non è ammissibile a domandarla. Però Lebrun riporta tre casi ne' quali egli stima che il marito possa essere ammesso a domandare la separazione de'beni. Il primo è, allorchè gli affari della moglie sono sì imbrogliati, che tutta la sua sostanza non basti per accomodarli. Egli cita una sentenza riportata da Paleus, *v.* 25, che ha ammessa la domanda di separazione fatta da un marito, per la ragione che la moglie aveva cento e quattordici cause pendenti. Il secondo caso è, allorchè le annualità delle rendite dovute dalla moglie eccedono considerabilmente le sue entrate. Il terzo è, allorchè il patrimonio della moglie essendo aggravato di rendite fondiali, che eccedano l'entrata, la moglie ha l'ostinazione di non voler acconsentire alla retrocessione. Lebrun pretende che in questi tre casi il marito possa domandare la separazione; con questa differenza però che la moglie, che si fa separare di beni rinuncia alla comunione, tanto per lo passato che per l'avvenire, mentre che il marito non può rinunciare alla comunione pel passato, ed è obbligato a tutti i debiti di sua moglie, che vi sono entrati: egli non può scaricarsi della comunione che per l'avvenire. Io dubito moltissimo che il marito debba essere ascoltato, anche ne' tre casi riportati da Lebrun. Denisart sulla parola *separazione* riporta una sentenza del 24 luglio 1745, che sullo appello di una sentenza del baliaggio di Bourges, la quale aveva ammes-

so una domanda di separazione di beni fatta da un marito contro sua moglie, dichiarò nulla la sentenza e tutta la procedura, non ostante l'uso della provincia di ammetter queste domande, attestato da Thaumassière nelle sue massime.

§ 2. *Come si faccia la separazione di beni.*

514. La separazione di beni non può farsi col solo mutuo consenso delle parti; ma è necessario che sia ordinata con una sentenza del giudice, resa con cognizion di causa. Il motivo è, che tutte le convenzioni di matrimonio sono irrevocabili, e non possono cangiarsi durante il matrimonio neppure col mutuo consenso delle parti, perchè tali cangiamenti potrebbero ritenere dei vantaggi indiretti, che non sono permessi tra conjugi in matrimonio costante.

Supponiamo, per esempio, che due conjugi, de'quali l'uno ha molto più di rendite che l'altro, abbiano contratto una comunione di beni, la quale si accresce tutti gli anni per gl'impieghi, che il marito fa delle rendite della comunione; non è egli evidente che quel conjuge, che ha molto meno di entrate dell'altro, farebbe un grandissimo vantaggio a quello che ne ha più, acconsentendo ad una separazione di beni? Per impedire simili vantaggi proibiti tra conjugi si devono adunque rigettare le separazioni, che si facessero col solo consenso delle parti.

Una transazione colla quale le parti convenissero di una dissoluzione di comunione, e che all'avvenire ciascuna delle parti godrebbe separatamente dei suoi beni, sarebbe adunque un atto nullo.

Ciò ha luogo, quando anche al tempo di questa transazione la moglie avesse avuto de'giusti motivi per domandar questa separazione, a' quali si fosse arreso il marito; perchè per rendere nulla la separazione basta che non sia fatta nelle forme con le quali essa deve farsi.

Ciò ha luogo quando anco le parti avessero in giustizia fatto omologare questa transazione; l'una o l'altra parte, o i suoi eredi potrebbero, appellando dalla sentenza di omologazione, far dichiarar nulla la separazione; ed i creditori lo potrebbero egualmente, opponendosi a questa sentenza di omologazione.

La separazione de'beni non può adunque farsi che con una sentenza, che l'ordini dopo una preventiva cognizione di causa. Ciò viene indicato dall'*art.* 198 dello Statuto di Orleans, che deve esser seguito negli Statuti, che non ne hanno fatto parola, e che forma a questo riguardo il diritto comune. Esso dice: « Le separazioni di beni tra uomo e donna congiunti in matrimonio, si devono fare con cognizion di causa, e informazione precedentemente fatta da' giudici del domicilio di coloro, che cercheranno le dette separazioni; e le dette separazioni non saranno dichiarate valide, a meno che le sentenze di queste sieno state pubblicate in giudizio, in giorno di udienza sedente il giudice, e registrate nella giurisdizione del detto giudice ed eseguite senza frode ».

515. Per pervenire alla sentenza di separazione di beni, la donna deve incominciare dal presentarne istanza al giudice, colla quale espone le cause, che ha di domandarla, e chiede di essere autorizzata a produrre questa domanda contro suo marito, il giudice mette in calce dell' istanza la sua ordinanza colla quale egli l'autorizza; e se essa è minore, le nomina un curatore, sotto l'autorità del quale essa procederà; ordinariamente è il suo procuratore che si nomina per curatore a questo effetto.

In virtù di questa ordinanza, la moglie deve citare suo marito avanti al giudice, per vedere ordinare la separazione. Essa non deve per ciò ritirarsi dalla casa di suo marito, ed in questo, la domanda per la separazione di beni differisce da quella per separazione di abitazione.

Il giudice a cui la moglie deve rivolgersi, e avanti al quale la domanda deve essere presentata, è il giudice del domicilio delle parti, come è prescritto dallo articolo quì sopra riportato. Ciò che non esclude però il giudice di privilegio, quando il marito ha il diritto del *committimus*.

I giudici ecclesiastici avevano altre volte pretesa la competenza di conoscerne, ma essendo presentemente costante che essi sono incompetenti per conoscere delle domande di separazione di abitazione, come l' abbiamo veduto nel nostro *Trattato del Contratto di Matrimonio*, n. 518, a più forte ragione lo sono essi per le domande di semplice separazione di beni.

516. Sopra questa domanda, il giudice non deve ordinare la separazione se non se dopo che la moglie avrà dato la prova de' fatti che servono di fondamento alla sua domanda, vale a dire del cattivo stato degli affari di suo marito, che mette la sua dote in pericolo. Questo è ciò che lo Statuto spiega con questi termini, *le separazioni. . devonsi fare con cognizione di causa e informazione preventivamente fatta*.

Questo termine *informazione*, si prende per *ricerca* (*enquête*), ed in un senso ancora più esteso, per ogni e qualunque sorta di prove colle quali il giudice possa essere *informato* e assicurato della verità de' fatti, che danno luogo alla separazione; avvegnachè, come lo vedremo quì appresso, non è sempre necessario per ciò di ascoltar de' testimonj, potendo molto meglio che co' testimonj farsene la prova per iscritto.

Quando anche il marito avesse colle sue difese confessato i fatti, che servono di fondamento alla domanda della moglie, il giudice deve tuttavia esigere, che essa ne faccia la pruova; perchè le separazioni non devono già farsi pel consenso delle parti; è necessario per evitare la collusione, che potrebbe esistere tra il marito e la moglie, che i fatti, che servono di fondamento alla moglie, sieno giustificati altrimenti, che colla confessione del marito.

Quindi, sia che il marito non sia d' accordo su i fatti allegati dalla moglie per fondare la sua domanda, sia che egli ne sia convenuto, il giudice nell' uno e nell' altro caso deve con un' ordinanza permettere alla moglie di farne la pruova tanto per iscritto, che per testimonj, ed al marito di fare la pruova contraria.

Questa pruova si fa tanto con testimonj, che depongono della cattiva condotta del marito, che coi documenti, che la comprovano; soventi non è neppur necessario di sentire i testimonj, essendo molte volte sufficienti le sole scritture prodotte dalla moglie per comprovare il cattivo stato degli affari del marito, che mette in pericolo la dote della moglie, come lo possono essere gli atti del pignoramento de'beni del marito e quelli del suo fallimento, ed una moltitudine di sentenze ottenute contro di lui per considerabili somme.

517. Dopo che la moglie ha dato la pruova de' fatti, che servono di fondamento alla sua domanda, il giudice emana la sentenza ordinando,che le parti saranno separate di beni.Questa sentenza è quella, che scioglie la comunione.

La sentenza però non ha quest' effetto, fino a tanto che la moglie non abbia adempito alle altre cose volute dall' articolo quì sopra citato; se essa a ciò mancasse sarebbe riputato avere rinunciato al benefizio della sentenza, la quale resterebbe senza effetto.

Lo Statuto ordina in primo luogo, che la sentenza sia pubblicata in giudizio in giorno di seduta del giudice.

Ciò è richiesto per le sentenze di separazione, che sono state pronunciate sopra un processo scritto dietro un appuntamento: se la sentenza fosse stata pronunciata all' udienza dopo la difesa degli avvocati o procuratori, non vi sarebbe bisogno di un' altra pubblicazione.

Questa pubblicazione è richiesta per la pubblicità della sentenza, essendo necessario, che il pubblico sia istruito di queste separazioni, e che egli sappia, che il marito non ha più il diritto di disporre delle rendite dei beni di sua moglie, e che la moglie è in istato di contrattare per l'amministrazione dei suoi beni, senza aver bisogno di autorizzazione.

Lo Statuto dice, che la pubblicazione si farà *in giorno ordinario*. Se i giudici per qualche motivo avessero indicato un giorno di udienza straordinaria, essa non sarebbe validamente fatta a quest' udienza; ma le udienze, che regolarmente si tengono in certi giorni e nel tempo delle vacanze per la spedizione degli affari provvisorj, sono udienze tenute *in giorno*

ordinario: ed io non dubito punto, che non vi possa essere pubblicata una sentenza di separazione.

Lo Statuto dice, *il giudice sedente* per fare intendere, che la pubblicazione non sarebbe già validamente fatta, se fosse fatta dopo, che il giudice ha levata l' udienza.

L'Ordinanza del 1673, tit. 8, prescrive delle formalità particolari per le separazioni delle mogli de' mercanti, tanto all' ingrosso, che al minuto, e de' banchieri; essa ordina, che le sentenze di separazione sieno pubblicate all' udienza della giurisdizione consolare, se vi si trova, altrimenti nell' assemblea del palazzo di città; e che esse sieno inserite in una tabella esposta in luogo pubblico.

Essa ordina egualmente, che nei luoghi in cui la comunione di beni tra marito e moglie è di consuetudine, le clausole dei contratti di matrimonio di queste persone, che vi derogano, sieno egualmente pubblicate ed inserite in una tabella *sotto pena di nullità*. (Vale a dire, che la moglie per mancanza di aver soddisfatto a questa formalità non potrà opporre la sua separazione, nè ottenere il godimento dei suoi mobili, che fossero stati sequestrati dai creditori di suo marito, come di lui proprietà).

La formalità della tabella più non si osserva in Orleans; io non so se si osservi in altre città.

Oltre questa formalità della pubblicazione in giudizio, e del registro della sentenza di separazione, vi sono ancora in differenti giurisdizioni delle particolari formalità, che vi devono essere osservate. Pel baliaggio di Orleans vi ha un regolamento, che ordina, che le sentenze di separazione saranno pubblicate nelle parrocchie alla fine de' sermoni del curato, e nei mercati con pubblica grida ne' giorni ed ore de' mercati; come pure, che saranno significate al sindaco de' notai. Questo regolamento ordinava pure, che vi fosse nella sala di udienza una tabella sulla quale vi sarebbe una nota di tutte le sentenze di separazione, che conterrebbe la data, i nomi, domicilj e qualità delle parti; ma è molto tempo, che ciò più non si osserva.

518. Finalmente perchè una sentenza di separazione sia valida, fa d'uopo, come è detto dall' articolo qui sopra riportato, che essa sia *stata eseguita senza frode*, cioè, bisogna, che in esecuzione della sentenza di separazione il marito abbia restituito a sua moglie la sua dote, o almeno che essa abbia fatto delle procedure per farsela rendere, e che non le abbia abbandonate.

§ 3. *Dell' effetto della separazione di beni.*

519. Il principale effetto della separazione di beni è che essa discioglie la comunione, come l' abbiamo detto *supra*.

La moglie, che ha ottenuto una sentenza di separazione di beni, rinuncia ordinariamente alla comunione; nel qual caso la separazione non dà luogo ad alcun inventario de' beni della comunione, nè ad alcuna divisione; essa dà soltanto luogo all' azione, che ha la moglie contro suo marito, per la restituzione della sua dote, cioè, tanto delle sue riprese e impieghi dei suoi beni proprj, quanto di ciò, che essa ha messo in comunione, e di cui essa ha col suo contratto di matrimonio stipulato il prelevamento in caso di rinuncia alla comunione.

Essa non può domandare *antepart e nè vedovile*; tale sua domanda sarebbe prematura, queste cose non essendole dovute, che nel caso della sopravvivenza, che non è ancora avvenuto.

520. Si fa questione, se la moglie possa, dopo aver ottenuto una sentenza di separazione di beni, accettare la comunione, e domandarne la divisione? Sembra sulle prime, che questa domanda contraddica con la separazione di beni, che non può essere fondata, che sul cattivo stato degli affari del marito, e conseguentemente della sua comunione; nulladimeno Lebrun ha benissimo osservato, che possono incontrarsi dei casi in cui una moglie, dopo aver ottenuto una sentenza di separazione di beni, sia fondata ad accettare la comunione, e per conseguenza, che si proceda all' inventario ed alla divisione de' beni della comunione.

Supponiamo, per esempio, che una donna abbia portato in comunione tutta la sua sostanza, la quale consistesse in un grosso mobiliare; essa non ha fatto contratto di matrimonio, o, se ne ha fatto uno, non ha stipulato di prelevare ciò che vi ha portato, in caso di rinuncia alla comunione: questa donna, accorgendosi, che suo marito ha di già dissipato la più gran parte di sua fortuna, e che si incamminava a compiere la dissipazione di quanto ancora vi restava, domandi la separazione, e sulla pruova, che ella fa delle dissolutezze e dissipamenti di suo marito ottenga la sentenza di separazione; in esecuzione di questa sentenza, ella non rinuncia alla comunione, poichè rinunciandovi non avrebbe niente a domandare, ma l'accetta e domanda a dividere gli avanzi, che ne restano, che sono la sua sola risorsa, per conservare la quale essa ha domandata la separazione prima che suo marito avesse terminato di dissipare ogni cosa: non è egli evidente, che in questo caso essa è ben fondata ad accettare la comunione, ed a domandarne la divisione?

Ciò viene autorizzato con un atto di notorietà del *Châtelet* di Parigi, del 27 luglio 1707, che si trova nella raccolta di Denisart. Vi è detto: « Allorchè una donna domanda la separazione, essa ha la facoltà di rinunciare alla comunione, o di accettarla. . . Egli è vero, che coloro, che non hanno fatto riflessione su questo uso, sono dapprima prevenuti da un sentimento contrario, non potendo comprendere, che una donna, che domanda la separazione, causata sempre dalla rovina e dissipazione del suo marito, possa chiedere la divisione di una comunione, che essa trova vantaggiosa, poichè domanda di dividerla: ma riflettendo si vedrà, che ciò che si è osservato ha la sua ragione. . . Si è trovato, che non era necessario, che un marito fosse rovinato perchè la moglie ottenga una separazione, ma bensì allorquando si conoscesse un disordine. . . Si credette non esser giusto di aspettare, che il fondo acquistato *ex mutua collaboratione*, fosse dissipato; e che una donna, provando, che suo marito, coi suoi disordini, *vergit ad inopiam*, poteva chiedere la separazione e la divisione della comunione ».

521. La comunione essendo disciolta colla sentenza di separazione di beni, non vi ha dubbio, che tutto ciò che ciascuno de' conjugi acquista dopo la separazione, egli l'acquista per suo conto; ma la sentenza di separazione ha essa un effetto retroattivo? Può ella impedire, che cada in comunione ciò che la moglie avesse acquistato nel tempo intermedio tra la domanda e la sentenza? Per esempio, se in questo tempo intermedio è morta una persona, che ha lasciato questa moglie per suo erede, la successione mobiliare, che è stata acquistata dalla moglie sino dal giorno della morte di questa persona, e per conseguenza nel tempo intermedio della domanda e della sentenza di separazione, caderà ella nella comunione?

Per la negativa, si dirà, che vi ha una differenza a questo riguardo tra le società ordinarie e la comunione tra marito e moglie: se nelle società ordinarie la società è riputata disciolta dal giorno della domanda di dissoluzione, ciò è perchè nelle ordinarie società tale domanda è da lei sola sufficiente per discioglierla, o almeno mette il mio socio in mora per discioglierla: ora, io non devo soffrire dell'ingiusta mora nella quale è stato il mio socio di accedere ad una giusta domanda, che io gli faceva, e che è stata ritrovata tale dalla sentenza, che vi ha fatto diritto; ed egli deve ancor meno profittarne. Al contrario, la comunione, che è tra marito e moglie, non potendo disciogliersi, che colla sentenza del giudice, non essendo in potere del marito di acconsentire alla domanda in separazione data contro di lui, sembrerebbe, che la comunione dovesse sussistere sino alla sentenza; e che neppure si potesse dire, che il marito sia colla domanda messo in mora per discioglierla.

Non ostante queste ragioni, l'uso del *Châtelet* di Parigi è di dare alle sentenze di separazione di beni un effetto retroattivo al giorno della domanda in separazione, e di riguardare la comunione come cessata e già

da questo giorno disciolta. In conseguenza di questo uso la moglie suole fare dal giorno della sua domanda la sua dichiarazione in cancelleria, che essa rinuncia alla comunione. La ragione di quest' uso è, che essendo stabilito colla sentenza di separazione, che ha fatto diritto alla domanda della moglie, che essa ha avuto un giusto motivo di domandare la dissoluzione di comunione, questa dissoluzione era una giustizia, che le era dovuta dal giorno, che essa l' ha domandata, il di cui effetto non deve essere ritardato dalla procedura, che è necessaria per pervenire alla sentenza di separazione, che i raggiri del marito fanno sovente durare per lunghissimo tempo prima di pervenire alla sentenza.

L' uso del *Châtelet* avendo dato alle sentenze di separazione de' beni, un effetto retroattivo dal giorno della domanda, egli pare, che ne venga in conseguenza di aggiudicare alla moglie, dal giorno della domanda in separazione, gl' interessi della sua dote, che il marito è condannato di restituirle colla sentenza di separazione. Nulladimeno vi ha una sentenza dell'8 aprile 1672, riportata nel III tomo del Giornale delle Udienze, che non ha accordato alla moglie gl' interessi di sua dote, che dal giorno della sentenza di separazione. Nonostante questa decisione, Lacombe, sulla parola *separazione*, pretende, che l' uso costante del *Châtelet* è di accordare alla moglie i detti interessi dal giorno della sua domanda, ben inteso, che sia fatta deduzione degli alimenti forniti alla moglie dopo questo tempo, e della parte, che essa avrebbe dovuto contribuire pei pesi del matrimonio. Io penso, che ciò debba lasciarsi all'arbitrio del giudice, il quale compenserà gl' interessi della dote dal giorno della domanda sino alla sentenza, con gli alimenti forniti alla moglie durante il detto tempo, e la parte cui ella avrebbe dovuto contribuire pei pesi del matrimonio, allorchè troverà, che non vi ha grande differenza, e sopra tutto quando la procedura non avrà durato lungo tempo. Ma allorchè mediante i raggiri del marito l' istanza avrà durato lungo tempo, e che la dote essendo considerabile, gl' interessi eccedano di molto le dette cose, il giudice gli accorderà dal giorno della domanda, sotto le dette deduzioni.

522. La sentenza di separazione produce l' effetto che la moglie acquista il diritto di amministrare i suoi beni e di fare tutti i contratti relativi a questa amministrazione, senza aver bisogno di essere autorizzata; ma non può però alienarli senza esservi autorizzata.

Tutto ciò, che abbiamo detto della separazione per contratto, *supra*, n. 464, si applica a questo riguardo alla separazione giudiziaria.

§ 4. *Come si annulli la giudiziale separazione di beni.*

523. Tra la separazione giudiziale, che è formata col mezzo di una sentenza di separazione, e la separazione per contratto, la quale risulta da una convenzione del contratto di matrimonio, vi ha questa differenza, che questa è irrevocabile, e l'altra può annullarsi col consenso delle parti.

Il motivo della differenza si cava da ciò, che le convenzioni matrimoniali sono irrevocabili, e che non è in potere delle parti di derogarvi. Perciò allorquando si è convenuto con un contratto di matrimonio, che non vi sarà comunione di beni tra i futuri conjugi, e che ciascuno godrà separatamente de' suoi beni, i conjugi durante il matrimonio non possono con una contraria convenzione, stabilire tra loro una comunione di beni.

Al contrario, il ritornare alle convenzioni del contratto di matrimonio essendo favorevole, allorchè le parti maritandosi hanno con una convenzione, o espressa o implicita, stabilito tra esse una comunione, la quale per giusti motivi sia stata disciolta con una sentenza di separazione, egli è in potere delle parti di dipartirsi con un mutuo consenso da questa giudiziaria separazione, e di ristabilire la loro comunione, rimettendo in comune i loro beni.

La sentenza di separazione di beni può dunque essere annullata, e lo può essere in due maniere. I. Allorchè la

donna che l'ha ottenuta non la mette in esecuzione; nel qual caso, come l'abbiam veduto *supra*, *n.* 518, la sentenza resta senza effetto, e non opera alcuna separazione. 2. Benchè la separazione sia stata eseguita, comunque lungo sia il tempo durante il quale essa lo è stato, è in potere delle parti di annullare con un mutuo consenso questa separazione, rimettendo insieme i loro beni.

524. È egli necessario, che questo ritorno alla comunione sia provato con un atto passato davanti notajo o alla cancelleria del tribunale? Bisogna a questo riguardo distinguere la separazione di abitazione dalla semplice separazione di beni.

Nel caso della separazione di abitazione noi abbiam veduto nel nostro *Trattato del Contratto di Matrimonio*, n. 524, che il ritorno della moglie alla casa del marito, basta solo per render nulla la sentenza di separazione di abitazione, senza che vi sia bisogno, che si passi alcun atto notariale o di cancelleria; perchè questo ritorno della moglie nella casa del marito è un fatto notorio, che non può essere ignorato dal pubblico.

Questo ritorno della moglie alla casa di suo marito, annientando la separazione di abitazione annienta pure la separazione di beni la quale ne è come un accessorio; a meno, che la moglie non protesti con un atto avanti notajo, che ritornando con suo marito, ella non intende dipartirsi, che dalla separazione di abitazione, e non da quella di beni. Io credo, che sia di pubblico interesse di permettere questa specie di proteste; senza di esse, una moglie, che crede non aver più niente a temere da' cattivi trattamenti di suo marito, la cui età gli ha addolcito il carattere, ma che non ha la stessa confidenza nella di lui condotta per la sicurezza di sua dote, potrebbe essere distolta dal ritornare a suo marito, se il suo ritorno facesse necessariamente cessare la separazione di beni.

525. Nel caso di una sentenza di semplice separazione di beni, è egli necessario, che il ristabilimento della comunione sia provato con un atto notariale o di cancelleria? Io opino, che quest'atto sia necessario, almeno ordinariamente: la ragione di tale differenza è che il ristabilimento della comunione dopo una sentenza di semplice separazione di beni, non è già un fatto notorio, come l'è il ritorno di una moglie nella casa di suo marito. Quando pure fosse provato, che dopo la separazione di beni il marito e la moglie avessero fatto in comunione l'acquisto di un fondo, ciò non proverebbe a sufficienza, che essi avessero voluto ristabilire la loro comunione; perchè hanno potuto fare questo acquisto in comune, come l'avrebbero potuto fare due estranei, che non avessero comunione tra loro. Non si può neppure cavare una pruova di un ristabilimento di comunione, dal che dopo la separazione il marito avesse fatto la raccolta su i fondi della sua moglie, nè da ciò, che egli vi avesse fatto fare delle riparazioni con intelligenza e cognizione di sua moglie; perchè il marito ha potuto fare queste cose come mandatario, o come *negotiorum gestor* di sua moglie, senza che le parti abbiano voluto per questo ristabilire la loro comunione, che è stata disciolta colla separazione.

Egli è adunque a proposito di esigere, che il ristabilimento della comunione sia provato con atto autentico. 1.° Questo previene le liti alle quali darebbero luogo le quistioni sulla sufficienza o insufficienza de' fatti, che venissero allegati per fissare il ristabilimento della comunione. 2.° Questo ristabilimento dovendo essere conosciuto dal pubblico; e sopra tutto da tutti coloro, che possono avere degli affari con l'uno o l'altro conjuge, egli deve constare per atti autentici, e non farlo dipendere da indizj equivoci ed incerti. Questo è il parere di Lebrun nel *Trattato della Comunione*, *lib.* 3, *cap.* 1, *n.* 25; questo autore vuole ancora, che l'atto di ristabilimento della comunione sia passato alla cancelleria del luogo in cui la sentenza è stata pronunciata; o che, se egli è stato fatto per atto notariale, sia registrato alla detta cancelleria. Brodeau, sopra Louet, *lettera* S, *cap.* 16, n. 12, esige pure un atto in iscritto, ed egli autorizza la sua opinione con due sentenze.

Il comentatore di Lebrun pensa, al contrario, che questo atto non sia necessario; egli pretende, che così sia stato giudicato con una sentenza del 16 maggio 1705 riferita da Brillon; e cita pure per l'opinione sua l'*art.* 199 del nostro Statuto di Orleans, che dice: « se dopo la separazione di beni tra uomo e donna uniti in matrimonio, i detti conjugi si riuniscano e mettano insieme i loro beni, cesserà l'effetto della separazione ». Questo Statuto, dice il comentatore, richiede per far cessare la separazione, che i conjugi abbiano rimesso insieme i loro beni; esso non dice, che sarà fatto un atto del ristabilimento della comunione; dunque quest'atto non è punto necessario. Non è in questo modo, che è inteso l'articolo nella provincia. Lalande, nel suo comentario su questo articolo, dice che il ristabilimento della comunione deve essère documentato con un atto in iscritto. Questa è pure l'opinione dell'autore delle note del 1711 ec. Lo Statuto, per verità, decide con questo articolo, che la separazione è annullata quando dopo di essa i conjugi abbiano rimesso insieme i loro beni. Ma qui si tratta di un'altra questióne, nella quale lo Statuto non si è punto spiegato, cioè come debbasi documentare il fatto, che le parti hanno rimesso di bel nuovo i beni in comunione. Se esso non ha detto, che per giustificar questo fatto, fa d'uopo di un atto per iscritto, esso non ha detto neppure, che non ve ne bisognava.

526. Osservate, che per ristabilire una comunione, che è stata disciolta con una sentenza di separazione, fa d'uopo del mutuo consenso del marito e della moglie. Denisart, sulla parola *separazione*, riporta molte sentenze, che hanno giudicato non essere ammissibili le mogli a desistere dalle sentenze di separazione, sia di abitazione, sia di beni, che esse avevano ottenute; e nel caso di separazione di abitazione hanno rigettata la loro domanda, colla quale chiedevano, che il loro marito fosse tenuto di riceverle.

527. Il ristabilimento della comunione rende talmente nulla la separazione, che essa rimette le cose nel medesimo stato come se essa non avesse mai avuto luogo, di tale maniera, che la comunione è riputata aver sempre durato, e non essere stata punto interrotta. Perciò tutte le cose, che ciascuno de'conjugi hanno acquistate dopo la separazione, entrano nella comunione, come vi sarebbero entrate se non avesse giammai avuto luogo la separazione, ed i debiti, che ciascuno de' conjugi ha contratti dopo la separazione, vi cadono egualmente. Ciò è spiegato benissimo dall'articolo 199 dello Statuto di Orleans, il quale, dopo ciò che abbiamo di già quì sopra riportato, continua in questi termini: *e rientreranno nella detta comunione i mobili ed acquisti immobili, quelli ancora, che sono toccati in sorte e acquistati durante la detta separazione, come se essa non fosse avvenuta.*

528. Finalmente l'articolo aggiunge: *restando nulladimeno valido e stabile tutto ciò, che è stato contrattato durante la separazione.* Questi contratti, i quali sono confermati con queste ultime parole dell'articolo, sono tutti quelli, che la moglie ha fatti dopo la sentenza di separazione, per l'amministrazione de' suoi beni; come sono gli affitti, che essa avesse fatti de'suoi beni, delle vendite, compere, ed altri contratti dipendenti dalla detta amministrazione. Quantunque tutti questi contratti, che la moglie ha fatti senza autorizzazione, non fossero stati validi, se non vi fosse stata una separazione, nulladimeno la sentenza di separazione avendo dato alla moglie il diritto di farli senza essere autorizzata, e questi contratti essendo stati in conseguenza fatti validamente, non sarebbe giusto, che il ristabilimento della comunione, che è sopravvenuto, potesse pregiudicarvi. Questo è il solo effetto della sentenza di separazione de' beni, che il ristabilimento della comunione lascia sussistere.

529. L'effetto, che ha il ristabilimento della comunione, di far riguardare la separazione come non avvenuta, non può aver luogo, che riguardo ai conjugi e tra loro; non può averlo in faccia di un terzo al quale

la separazione avesse fatto acquistare un diritto. Supponiamo, per esempio, che con un contratto di matrimonio un terzo, per aumentare la dote della futura sposa, abbia sborsato al marito una somma, con la clausola, che egli avrà il diritto di ripeterla dal marito qualora si sciolga la comunione, sia per causa di morte sia per separazione; il caso essendo avvenuto per la sentenza di separazione debitamente eseguita, ed avendo il terzo acquistato il diritto di ripetere la somma, il ristabilimento di comunione sopraggiunto dipoi, non può privarnelo. Ciò fu benissimo osservato da Lebrun, *l.* 3, *cap.* 1, *n.* 27, il quale cita a questo incontro molto a proposito la legge 63, ff. *de jur. dot.* che dice: *stipulatio de dote reddenda ab extraneo interposita, facto divortio, statim committitur, nec redintegrato matrimonio actio stipulatori quaesita intercidit.*

Ci resta una quistione sul ristabilimento di comunione, cioè, se le parti col ristabilire la loro comunione possano apportarvi delle limitazioni e delle restrizioni, convenendo, per esempio, che i fondi acquistati dopo la sentenza di separazione dall'uno o dall'altro conjuge, gli resterebbero come proprj e non entrerebbero nella ristabilita comunione; o pure convenendo, che ciascuno de' conjugi sarebbe solo tenuto ai di lui contratti dopo la sentenza di separazione; Lebrun, *dicto loco*, n. 23, decide con ragione, che queste convenzioni stipulate coll'atto di ristabilimento della comunione, sono nulle; le separazioni non hanno effetto, che fino a tanto che esse durano; e sono annullate e riguardate come non avvenute col solo fatto, allorchè le parti hanno rimesso i loro beni in comunione. Non vi possono essere due comunioni tra i conjugi, l'una, che abbia durato sino alla sentenza di separazione, e l'altra, che abbia incominciato al tempo del suo ristabilimento. Non vi ha, che la sola comunione, che ha incominciato al tempo del loro matrimonio, e che ha durato sino alla sua perfetta dissoluzione colla morte dell'una delle parti; nella quale comunione entrano tutte le cose, che ciascuno de'conjugi ha acquistate, e tutti i debiti, che egli ha legittimamente contratti in qualsisia tempo, anche dopo la sentenza di separazione, che non avendo durato sino alla fine del matrimonio, è restata senza effetto e non ha disciolto la comunione.

CAPITOLO II.

Dell'accettazione e della rinuncia alla comunione.

530. Il diritto, che aveva il marito sopra i beni della comunione, durante la quale ne era riputato intieramente padrone, come l'abbiamo veduto, è colla dissoluzione della comunione ridotto alla metà de' detti beni: l'altra metà appartiene alla moglie o a'suoi eredi, purchè però essi accettino la comunione.

Ciò è conforme all'*art.* 229 dello Statuto di Parigi, che dice: *dopo la morte dell' uno de' detti conjugi, i beni si dividono in tale maniera, che la metà appartenga al superstite, e l' altra metà agli eredi del defunto.*

Noi tratteremo, in un primo articolo, dell'accettazione della comunione; in un secondo, della rinuncia alla comunione; in un terzo, del caso in cui tra molti eredi della moglie, gli uni accettino la comunione, e gli altri vi rinuncino.

ARTICOLO PRIMO.

Dell'accettazione della comunione.

Noi vedremo: 1. Da chi e in qual caso la comunione può essere accettata; 2. in qual maniera essa si accetti; 3. quali sieno gli effetti di questa accettazione.

§ 1. *Da chi e in quali casi la comunione può essere accettata.*

531. Dopo la dissoluzione della comunione, spetta ordinariamente a scelta della moglie o de'suoi eredi e altri successori universali, di accettare la comunione o di rinunciarvi.

Questo principio soffre eccezione: 1. Quando sia stato altrimenti convenuto col contratto di matrimonio; per esempio, se siasi convenuto che gli eredi della moglie non potranno pretendere per qualunque diritto di comunione che una certa somma. Avvenendo la dissoluzione della comunione per la premorienza della moglie, gli eredi di lei non hanno in questo caso la scelta di accettare o di rinunciare alla comunione; essi non possono domandare che la somma portata dalla convenzione. Noi abbiamo trattato di questa convenzione, *supra*, n. 450.

2.° Allorchè una moglie sulla querela del marito è stata dichiarata convinta d'adulterio, essa è decaduta dal suo diritto alla comunione, i cui beni restano in questo caso per intiero al marito, *jure non decrescendi*, come l'abbiamo veduto nel nostro *Trattato del Contratto di matrimonio*, *n*. 527; essa non ha dunque in questo caso la scelta di accettare la comunione.

3.° Una moglie può essere ancora dichiarata decaduta dal suo diritto di comunione da una sentenza giudiziale, sulla domanda di suo marito, allorquando dopo molte intimazioni, che suo marito le ha fatte col mezzo di un usciere di ritornare con lui, essa ha perseverantemente rifiutato di ritornarvi.

La pena in questo caso dipende dalle circostanze, ed è lasciata all'arbitrio del giudice, che sempre non dichiara in questo caso la moglie intieramente decaduta da qualunque diritto di prender parte agli acquisti fatti dopo che essa ha abbandonato suo marito.

532. 4.° Finalmente la moglie o i suoi eredi non hanno la scelta di accettare la comunione o rinunciarvi, che fino a tanto che essi abbiano effettuato la loro scelta; quando essi hanno una volta preso l'uno de'due partiti, non possono più variare; perchè nè la moglie nè i suoi eredi, dopo che hanno rinunciato alla comunione, possono più accettarla, e domandarne al marito la divisione, il quale con questa rinuncia è divenuto irrevocabile proprietario di tutti i beni della comunione.

Se però la parte, che ha rinunciato alla comunione era minore, essa potrebbe domandare la restituzione in intiero contro la sua rinuncia, esser restituita nello stato pristino, che aveva prima della rinuncia, e per conseguenza accettare la comunione e domandare la divisione.

Quantunque gli eredi della moglie abbiano rinunciato alla comunione quando erano maggiori, essi possono qualche volta essere restituiti in intiero contro la loro rinuncia, allorchè per dolo del marito essi vi sieno stati indotti; per esempio, se egli abbia loro celate le forze della comunione, omettendo maliziosamente nell'inventario de'beni considerabili, o col far loro supporre de'finti creditori.

533. Quantunque la moglie o i suoi eredi, che hanno rinunciato alla comunione, non sieno più ammissibili ad accettarla: nulladimeno se la moglie o un erede di lei avesse rinunciato ad una comunione vantaggiosa in frode de'suoi creditori, i detti creditori sarebbero ammessi a far dichiarare fraudolente questa rinuncia, e a domandare in conseguenza la parte, che appartiene al loro debitore su i beni della comunione, siccome quando un erede abbia rinunciato ad una successione in frode de'suoi creditori, questi sono ammessi nella giurisprudenza francese ad esercitare nella successione i diritti del loro debitore.

534. Fintanto che la moglie o i suoi eredi non sono intimati di fare la scelta, che essi hanno di accettare o di rinunciare alla comunione, essi saranno sempre in tempo di farlo: il marito superstite, che solo è restato in possesso de'beni della comunione, non può opporre agli eredi della moglie, che domandano la divisione, fuorchè la prescrizione di 30 anni, la quale non corre neppure contro i minori.

535. Non vi ha che la moglie o i suoi eredi, che abbiano la scelta di accettare la comunione o di rinunciarvi. Egli è evidente che il marito non può avere una simile scelta, e che non può rinunciare alla sua propria comunione: al tempo della dissoluzione della comunione, egli resta necessariamente proprietario di tutti i beni della comunione, o per metà, se gli eredi della moglie accettano la comunione, o per lo totale se essi vi rinunciano. Si deve

dire la stessa cosa degli eredi del marito.

§ 2. *Come si accetti la comunione.*

536. La comunione si accetta, o espressamente o tacitamente, *aut verbis aut facto.*

La moglie accetta la comunione, *verbis* ed espressamente, quando dopo la dissoluzione della comunione essa prende in qualche atto la qualità di comune. Se essa l' avesse prima della dissoluzione della comunione, questa qualità sarebbe di niun effetto, e non sarebbe un' accettazione della comunione; perchè il diritto della moglie nella comunione, non verificandosi che colla dissoluzione della comunione, la moglie non ha potuto prima di essa accettare validamente la comunione, che non aveva ancora alcun diritto formato: accade di ciò come di colui, che avesse preso la qualità di erede di una persona ancora vivente.

537. La comunione si accetta *facto* e tacitamente, allorchè l' accettazione della comunione si desume e risulta da qualche fatto della moglie, che suppone in essa la volontà di essere in comunione, siccome l' adizione di una eredità si deduce e risulta da qualche fatto di una persona chiamata alla eredità, che fa supporre in lei la volontà di essere erede.

Osservate però, che la moglie non potendo essere in comunione, se non per la volontà, che essa ha avuta di esserlo, e che essa ha sufficientemente dichiarata, perchè un fatto della moglie contenga una accettazione della comunione, fa d' uopo, che questo fatto sia tale, che supponga necessariamente in lei la volontà di essere in comunione, e che non si possa scorgere il motivo per cui essa avrebbe fatto ciò, che ha fatto, se ella non avesse voluto essere in comunione.

538. Tale è, per esempio, la disposizione, che la moglie avesse fatta di alcune cose della comunione, dopo la dissoluzione della medesima, senza avere altra qualità per disporne, che quella, che ella poteva avere di comune; la moglie è riputata così avere fatto un atto di comunione; perchè siccome noi non dobbiamo disporre delle cose, che non ci appartengono, e nelle quali noi non abbiamo alcun diritto, la moglie disponendo di queste cose, le ha riguardate come cose, che le appartenevano; e siccome esse non potevano appartenerle, che in qualità di comune, essa si è dunque riguardata come in comunione, disponendo di queste cose; essa ha adunque avuto la volontà di essere in comunione, poichè l' ha sufficientemente dichiarata, disponendo delle dette cose.

Quando anche le cose di cui la moglie ha disposto, non avessero appartenuto a suo marito, nè per conseguenza dipenduto dalla comunione, *puta*, perchè esse erano state prestate a suo marito, o gli erano state confidate in deposito; basta, che la moglie, che ignorava questo prestito o questo deposito, ne abbia disposto come di cose, che essa credeva dipendere dalla comunione, perchè disponendone, ella si sia riguardata come in comunione, e che abbia sufficientemente dichiarata la volontà, che ella aveva di essere in comunione.

Accade di ciò come di un erede, che disponesse di una cosa che ha ritrovato tra i beni di questa eredità, e che egli credeva dipenderne quantunque realmente non ne facesse parte. Disponendo di questa cosa, che egli credeva spettare all' eredità, egli non fa perciò meno un atto di erede, come se avesse disposto di una cosa, che alla eredità appartenesse. Ciò ha fatto dire ad Ulpiano: *interdum animus solus eum obstringet haereditati, ut puta, si re non haereditaria, quasi haeres usus sit*; *l.* 21, § 1, ff. *de acquir. haered.* Per la stessa ragione, la moglie, che dispone di cose, che essa crede dipendere dalla sua comunione, benchè esse non ne dipendano, non fa meno un atto di comunione, come se esse effettivamente ne dipendessero.

539. La moglie fa atto di comunione non solamente con disporre di qualche cosa della comunione = che ella crede appartenere alla comunione; ma fa egualmente atto di comunione pagando per la sua parte dei debiti della comunione a' quali ella non si è punto obbligata in suo pro-

prio nome, e senza che ella abbia altra qualità per pagarli fuori di quella di essere in comunione. Siccome nessuno si presume voler pagare ciò che non deve, la moglie, pagando questo debito, è creduta riputarsi debitrice, e siccome essa non ne può essere debitrice, che colla qualità di comune, essa è riputata, facendo questo pagamento, prendere tale qualità, e dichiarare bastantemente la volontà, che essa ha di esserla.

Accade in ciò, come di una persona che pagasse, benchè co' suoi proprj denari, qualche debito di una eredità alla quale è chiamata, senza aver altra qualità per far questo pagamento, fuori della qualità di erede. Le leggi decidono che con questo pagamento la persona fa atto di erede; *l.* 2 *Cod. de jur. deliber.* Perchè, *gerit pro haerede qui animo agnoscit successionem licet nihil attingat haereditarium*; *l.* 88, ff. *de acq. haered.* Per la stessa ragione, una moglie che paga, benchè de'suoi proprj danari, qualche debito della comunione, senza aver altra qualità per pagarlo, che quella di essere in comunione, deve riputarsi fare con questo pagamento atto di comunione.

540. La moglie, come noi abbiamo già detto, disponendo de' beni della comunione, o pagando de' debiti della medesima, non fa atto di comunione se non se quando essa non abbia altra qualità che quella di comune per farla; ma se essa avesse un'altra qualità, *puta*, se era esecutrice testamentaria di suo marito defunto, o tutrice de'figli, e che essa abbia disposti di beni, o pagati dei debiti della comunione, in questo caso non potrebbesi dire ch'ella avesse fatto atto di comunione; giacchè essa può averlo fatto nella sua qualità di esecutrice testamentaria di suo marito, o di tutrice de' suoi figli.

Similmente se essa erasi obbligata in suo proprio nome pel debito della comunione, che essa ha pagato, benchè si fosse obbligata soltanto come mallevadrice di suo marito, pagando questo debito non deve punto riputarsi fare atto di comunione; avendo potuto pagarlo pel solo motivo di liberarsi della sua propria obbligazione.

541. Osservate che una vedova dopo la dissoluzione della comunione, avvenuta colla morte di suo marito, è di diritto preposta alla custodia e conservazione de' beni della comunione, prima che essa sia determinata sulla scelta di accettarla o di rinunciarvi. Per questo motivo tutto ciò, che essa ha fatto per la conservazione de' beni della comunione, non deve passare per atto di comunione; per esempio, se essa ha fatto fare delle urgenti riparazioni a' beni della comunione, se ha venduti de' beni deperibili, che essa è stata obbligata di vendere per evitarne la perdita.

Per la stessa ragione, allorchè la vedova di un mercante a minuto o di un artigiano ha continuato, dopo la morte di suo marito, o prima che essa abbia preso qualità, di tenere la bottega aperta, e di vendere le mercanzie della bottega, non si reputa che essa abbia fatto atto di comunione vendendo queste mercanzie, che sono beni della comunione, perchè pare che ciò si faccia da lei per non sviare gli avventori, e per conservare il fondo commerciale, che dipende dalla sua comunione.

Quantunque la moglie non faccia atto di comunione, facendo ciò, che è necessario per conservare i beni della comunione, nulladimeno è di sua prudenza per evitare i litigj, di protestare che essa non lo fa che per conservare i beni della comunione, e senza pregiudicare alle qualità, che ella avesse a prendere; egli è ancor più sicuro che essa si faccia autorizzare per farlo, dirigendone perciò la domanda al giudice del suo domicilio.

542. Benchè le domestiche provvisioni, che si sono trovate nella casa del defunto, siano beni della comunione, la moglie non fa atto di comunione consumando nella casa le dette provvisioni, sino alla concorrenza di ciò, che fa bisogno di consumare pel suo alimento e per quello de'suoi domestici; perchè essa ha il diritto di vivere a spese della comunione sino a che l' inventario sia terminato. Ciò viene attestato con un atto di notorietà del *Châtelet* di Parigi del 21 luglio 1688, che dice: *Egli è di un uso costante e certo, esser permesso ad una vedova dopo la morte di suo marito, di restare colla di lei fami-*

glia nella casa in cui egli è morto, e di viverci senza che per questa residenza si possa imputarle di aver fatto atto di comunione, ec.

543. Finalmente, siccome un parente non è punto riputato fare un atto di erede quando ordini i funerali del suo parente o ne paghi le spese, come pure se procede giudizialmente per vendicare la sua morte: *si quid pietatis causa fecit. . . apparet non videri pro haerede gessisse*; *l.* 20, *ff. de acquir. haered.*; a più forte ragione si deve decidere, che una moglie ciò non fa per atto di comunione; perchè le spese funerarie non sono un peso della comunione, ma della eredità del defunto: riguardo all' istanza per vendicarne la morte, è questa un'azione, che non dipende nè dalla comunione nè dalla eredità, ma che la vedova e gli eredi hanno in nome proprio.

544. La cessione, che dopo la dissoluzione della comunione la moglie fa de' suoi diritti di comunione, sia a degli estranei sia agli eredi di suo marito, contiene un' accettazione della comunione, che l' obbliga, per sua parte, ai debiti della comunione verso i creditori, salvo il suo regresso contro il suo cessionario, il quale la deve indennizzare. La ragione è evidente: non si può cedere che ciò che si ha; la moglie non può adunque cedere il suo diritto alla comunione, se essa non l' ha acquistato: la cessione, che essa ne fa, suppone che essa l' abbia acquistato; ora, essa non può acquistarlo, che accettando la comunione: questa cessione suppone adunque necessariamente in lei, e manifesta bastantemente la sua volontà di accettare la comunione.

Egli è lo stesso della rinuncia, che la moglie facesse alla comunione in favore d' uno degli eredi del marito a preferenza degli altri: questa rinuncia non ha che il solo nome di *rinuncia*; essa è una vera cessione, che fa a quest' erede del suo diritto alla comunione, la quale contiene un' accettazione che questa moglie deve essere necessariamente riputata aver fatto della comunione; perchè la moglie, rinunciando alla comunione in favore di questo erede, a preferenza degli altri, non rinunzia semplicemente il suo diritto, ma ne dispone in favore di questo erede: ora, siccome nessuno può disporre di ciò, che non gli appartiene, questa disposizione del suo diritto, che la moglie fa in favore di questo erede, suppone necessariamente che essa lo considera come qualche cosa, che le appartenga; e siccome questo diritto non può appartenerle senonchè accettando la comunione, questa disposizione, che essa fa del suo diritto, ne contiene e suppone necessariamente l' accettazione.

Ma quando l' atto di rinuncia porta che la moglie ha rinunciato alla comunione in favore degli eredi di suo marito indistintamente, questi termini, *in favore degli eredi di suo marito*, che sono superflui in quest' atto e che non hanno alcun effetto, non devono far passare quest' atto per altra cosa che per una semplice rinuncia alla comunione: questi termini non fanno che spiegare l' effetto naturale, che ha la rinuncia di una moglie alla comunione, quello cioè di fare accrescere, *jure non decrescendi*, agli eredi del marito, la parte che avrebbe avuto la moglie, se essa l' avesse accettata.

545. Se la moglie avesse ricevuto dagli eredi di suo marito una somma di danaro per rinunciare alla comunione, sarebbe essa in questo caso riputata di aver fatto atto di comunione? La ragione di dubitarne è, che ella sembra, ricevendo del danaro, aver fatta una vendita ed una cessione del suo diritto alla comunione, la qual cessione contiene, come l' abbiamo veduto qui sopra, un' accettazione della comunione. Fa d'uopo decidere al contrario, che questa rinuncia alla comunione, benchè fatta pel danaro, che la moglie riceve dagli eredi, non è propriamente nè una vendita nè una cessione, che la moglie faccia del suo diritto, ma un contratto *do ut facias*; gli eredi del marito avendo interesse, che la moglie rinuncii alla comunione, le danno una somma perchè ella faccia questa rinuncia; in conseguenza essa rinuncia alla comunione, nè fa loro alcuna cessione del suo diritto alla comunione; questa cessione era inutile ai detti eredi, poichè senza alcuna cessione, colla sola rinuncia della moglie tutti i beni

della comunione resterebbero loro *jure non decrescendi*. Questa rinuncia alla comunione, che la moglie fa, per una somma di danaro, che essa riceve dagli eredi di suo marito, è come quella, che alcuno fa ad una successione, che gli è deferita, per una somma di danaro, che egli riceve da'suoi coeredi, o dall' erede che gli è sostituito; ora secondo la decisione della legge 24, ff. *de acquir. haered.*, una tale rinuncia non contiene punto un atto di erede: *qui pretium omittendae haereditatis causa capit, non videtur haeres esse.* Vi ha la stessa ragione per decidere, che la moglie, che ha ricevuto del danaro per rinunciare, non è riputata per ciò aver fatto atto di comunione.

546. Le regole che noi abbiamo proposte sino al presente, per conoscere quando la moglie debba riputarsi aver fatto atto di comunione o no, si applicano egualmente agli eredi della moglie.

547. Si era altre volte agitato la questione, se la moglie o i suoi eredi potevano prendere delle lettere di beneficio d' inventario per accettare la comunione, come ne prendono gli eredi per accettare una successione. Si è giudicato per la negativa colla decisione in forma di regolamento dello 8 marzo 1605 riportata da Louet, *lett.* C. *cap.* 53. La ragione è che la legge ha loro sovvenuto con un altro beneficio, che è quello di non essere tenuti della loro parte ne' debiti della comunione, che sino alla concorrenza dei beni, che essi ne ricavano, di cui noi parleremo, *infra, part.* V.

§ 3. *Degli effetti dell' accettazione della comunione.*

548. L' accettazione della comunione fatta dalla moglie o da' suoi eredi, ha un effetto retroattivo al tempo della dissoluzione della comunione; in conseguenza, dall' istante della dissoluzione della comunione, si reputa, ch' essi sieno proprietarj per una metà per indiviso di tutti i beni di cui la comunione era allora composta: tutti i frutti, che sono stati percepiti dopo quest' epoca, e generalmente tutto ciò, che ne è provenuto, appartiene loro egualmente per metà.

Coll' accettazione della comunione la moglie o i suoi eredi divengono debitori, per la parte, che essi hanno nella comunione, di tutti i debiti della medesima; la moglie, che ha accettato la comunione, o i di cui eredi l' hanno accettata, è riputata averli contratti in sua qualità di comune con suo marito congiuntamente con esso allorquando questi, che era il capo della comunione, gli ha contratti, come noi l' abbiamo veduto qui sopra.

Nulladimeno gli Statuti accordano alla moglie ed a' suoi eredi, quando essi hanno accettato la comunione, il beneficio di non esser tenuti per la parte dei debiti della comunione, che sino alla concorrenza di ciò che essi ne abbiano profittato.

Noi tratteremo di questo beneficio, *infra, part.* V.

ARTICOLO II.

Della rinuncia che la moglie o i suoi eredi fanno della comunione.

549. La rinuncia alla comunione, è un atto col quale la moglie o i suoi eredi, per non esser tenuti dei debiti della comunione, rinunciano alla parte, che loro è deferita colla dissoluzione della comunione, ne'beni di cui è composta.

Si pretende che l'origine del diritto, che hanno le donne di rinunciare alla comunione, venga dall' epoca delle crociate, e che fosse accordato alle vedove dei gentiluomini, che contraevano in que' tempi dei debiti considerabili pe' loro viaggi di oltre mare.

Noi vedremo sopra questa materia, 1.° quali persone possano rinunciare alla comunione; 2.° se una donna possa, col contratto di matrimonio, rinunciare, sia per lei sia pe' suoi eredi, alla facoltà di rinunziare alla comunione; 3°. in qual modo e quando questa rinuncia debba farsi; 4.° tratteremo dell' inventario, che la donna deve fare per rinunciare alla comunione; 5.° spiegheremo quali sieno gli effetti della rinuncia alla comunione.

§ 1. *Quali persone possano rinunciare alla comunione.*

550. Altre volte non vi erano che le donne nobili, che avessero il di-

ritto di rinunciare alla comunione. Ciò apparisce dall' *art.* 115 dell' antico Statuto di Parigi, che porta: *egli è lecito ad una nobil donna, di nobile discendenza, e vivendo nobilmente, di rinunciare, se le torna in suo conto, alla comunione, dopo la morte di suo marito* ec. In seguito la giurisprudenza de' tribunali ha esteso questo diritto di rinunciare alla comunione a tutte le donne nobili o non nobili, e l'ha pure esteso a' loro eredi con sentenza del 15 aprile 1567.

La ragione di questa pratica è, che il marito, durante la comunione, avendo solo il diritto di disporne e di aggravarla di debiti senza la volontà e la partecipazione di sua moglie, si è creduto che sarebbe ingiusto, che un marito dissipatore potesse, contraendo degl' immensi debiti, obbligare, oppure assorbire intieramente i beni proprj di sua moglie, senza che essa potesse colla rinuncia alla comunione sgravarsi dei detti debiti.

Sopra questa pratica è stato formato l' *art.* 237 del nuovo Statuto di Parigi, che porta: *egli è lecito ad ogni donna nobile di rinunciare se le torna bene, dopo la morte di suo marito, alla comunione de' beni tra essa ed il suddetto marito, essendo la cosa intatta.*

Questi termini, *dopo la morte di suo marito*, non sono restrittivi; lo Statuto enuncia il caso della morte del marito, come il più ordinario: del resto non vi è dubbio, che la moglie può similmente rinunciare alla comunione vivente suo marito, allorchè vi ha dissoluzione di comunione con una sentenza di separazione.

Lo Statuto di Parigi ha ommesso di spiegarsi in questo articolo sugli eredi della moglie; ma quello di Orleans, riformato tre anni dopo quello di Parigi dai medesimi commissarj, ne ha parlato, e deve in questo servire di spiegazione a quello di Parigi. Ecco ciò che egli porta: « *Egli è permesso alla moglie nobile o non nobile, dopo la morte di suo marito, o a' suoi eredi se essa premuore, di rinunciare, se le torna bene, alla comunione de' beni di essa e del detto marito, la cosa essendo intatta.*

Queste disposizioni degli Statuti di Parigi e di Orleans essendo state formate sulla giurisprudenza che era di già stabilita in tempo della riforma dei detti Statuti, esse formano un diritto comune, ed hanno luogo negli Statuti che non ne hanno fatto parola.

§ 2. *La donna può ella col contratto di matrimonio rinunciare, sia per essa sia pe' suoi eredi, alla facoltà che essa ha di rinunciare alla comunione?*

551. Questa convenzione è stata rigettata dalla giurisprudenza delle decisioni. Havvi una sentenza del 5 aprile 1597, riportata da Pelus, *lib.* 3, *art.* 61, e citata dal comentatore di Lebrun, la quale ha ammesso una vedova a rinunciare alla comunione, non ostante una clausola del suo contratto di matrimonio, la quale portava, che essa nol potrebbe in caso che vi fossero dei figli di quel matrimonio, il qual caso era avvenuto.

Le ragioni di questa pratica sono, 1.° che è parso essere contro il buon ordine ed il pubblico interesse di lasciare in potere de' mariti, di obbligare e di assorbire le proprietà delle loro mogli: *Nam rei publicae interest mulieres dotes salvas habere*; *l.* 2, *ff. de jur. dot.* Quindi si sono prescritte tutte le convenzioni, che tendessero a lasciar questo potere al marito, come è quella colla quale una donna si privasse del diritto di rinunciare alla comunione per iscaricarsi degl' immensi debiti, che un marito dissipatore avesse contratti.

2.° Non vi sono che i creditori, che abbiano interesse che la moglie sia esclusa dal diritto di rinunciare alla comunione; il marito non ne ha alcuno, poichè anche in caso di accettazione della comunione, egli è tenuto di soddisfare la moglie o i suoi eredi di quei debiti, che pagassero al di là di ciò che essi hanno ritirato dalla comunione. Il futuro sposo stipulando col contratto di matrimonio, che la moglie non potrà rinunciare alla comunione, stipulerebbe adunque una cosa cui egli non ha alcun interesse, ciò che basta perchè la convenzione sia nulla, secondo i principj, che noi

abbiamo stabiliti nel nostro *Trattato delle Obbligazioni*, n. 138.

Il nostro Statuto di Orleans, *art.* 204, sembrava però autorizzare questa convenzione; imperciocchè dopo di aver detto, che egli è lecito alla donna nobile o non nobile di rinunciare alla comunione, facendo fare un legale ed esatto inventario, esso aggiunge, *se non vi fosse una convenzione in contrario*. Il comentatore di Lebrun pretende, che queste ultime parole dell' articolo, non devonsi riportare a ciò che è detto nel principio, *che è lecito alla moglie di rinunciare alla comunione*, ma che esse devonsi riportare a queste, *facendo fare un legale ed esatto inventario*, che le precedono immediatamente, e che in conseguenza lo Statuto non dà la permissione di convenire, che la donna non potrà rinunciare alla comunione, ma solamente che per rinunciare la moglie non sarebbe obbligata di fare un inventario. Questa interpretazione non vale niente: egli non è verosimile, che lo Statuto abbia voluto approvare la convenzione colla quale la moglie sarebbe dispensata di procedere all' inventario per rinunciare; questa convenzione, che tenderebbe a procurare alla moglie la facilità di ingannare gli eredi o i creditori di suo marito, essendo una convenzione contraria a' buoni costumi, non può esser valida: val meglio dire, che quest' ultima espressione dello articolo dello Statuto di Orleans vi sia sfuggita per inavvertenza, e che essa non debba avere alcun effetto.

Non solamente non si può col contratto di matrimonio privar la moglie del diritto di rinunciare alla comunione, ma neppure privarne i suoi eredi; e ciò per la medesima ragione; avvegnachè ogni convenzione, che dà il potere al marito di estenuare i beni proprj di sua moglie, è rigettata nella nostra giurisprudenza.

§ 3. *Quando ed in qual maniera debba farsi la rinuncia alla comunione.*

552. Altre volte la rinuncia della moglie alla comunione si faceva al tempo delle esequie del marito con alcune cerimonie; dopo che il corpo del marito era stato sotterrato, la vedova, in segno della rinuncia alla comunione, discignevasi e gettava nella fossa la borsa e le chiavi, che ella teneva alla sua cintura. Noi abbiamo un monumento di questo uso nella cronica di Monstrelet, *tom.* 1, *cap.* 17, in cui è detto, che Margherita vedova di Filippo duca di Borgogna, il quale morì nel 1404, rinunciò alla comunione, mettendo sulla immagine del defunto la sua cintura con la sua borsa e le sue chiavi, *come egli è di costume, e di ciò chiese istromento ad un notajo, che era là presente.*

Lo Statuto di Meaux ha conservato questo antico uso; esso dice nell' articolo 52, che la moglie nobile dopo la morte di suo marito può rinunciare, *ed in pruova di ciò deve mettere le chiavi sulla sepoltura del defunto dichiarando, che essa rinuncia ec.* Nell' articolo seguente, esso prescrive alle donne plebee la stessa formalità per rinunciare alla comunione.

Lo Statuto di Vitri-le-Français, *tit.* 5, *art.* 91, e quello di Borgogna, *cap.* 4, *art.* 20, non assoggettavano a questa formalità, che le vedove plebee. In seguito questa formalità è andata intieramente in disuso, negli Statuti ancora, che espressamente l' esigevano; questo è ciò che ci viene attestato dai commentatori.

Molti Statuti vogliono, che la moglie faccia la sua rinuncia alla comunione in giustizia, in persona, o mediante procuratore munito di speciale procura. Alcuni vogliono, che essa prometta con giuramento avanti il giudice di mettere in chiaro tutti i beni della comunione. Altri vogliono, che la rinuncia si faccia in presenza dell' erede, se egli è sul luogo; in caso che no, in presenza del regio procuratore; al contrario lo Statuto di Calais, che vuole che la moglie faccia la sua rinuncia in giudizio, la dispensa espressamente di chiamarvi l' erede.

Negli Statuti, che non si sono spiegati sul modo con cui deve farsi la rinuncia alla comunione, basta di farla con un atto notariale, col quale la moglie o i suoi eredi dichiarino, che essi rinunciano alla comunione. Con decisione emanata in via di regolamento,

del 14 febbrajo 1701, è stato ingiunto a tutti i notaj o cancellieri, che ricevono degli atti di rinuncia alla comunione, di conservarne una minuta.

553. Riguardo al tempo in cui la rinuncia alla comunione deve farsi, egli è evidente, che la moglie non può farla prima della dissoluzione della comunione; perchè soltanto per questa dissoluzione ha luogo il diritto della moglie alla comunione; ora non si può rinunciare ad un diritto, che ancora non si è aperto.

Gli Statuti variano sul tempo, che la moglie o i suoi eredi devono avere dopo la dissoluzione della comunione per rinunciarvi. Noi abbiam già veduto, che alcuni esigevano, che questa rinuncia si facesse al tempo delle esequie del marito: altri accordavano uno spazio di otto giorni, altri di venti, trenta, quaranta, novanta giorni. Alcuni fanno distinzione tra le vedove nobili e le plebee, come quello di Mantes, che accorda tre mesi alle nobili, e quaranta giorni alle plebee; e quello di Tours, quaranta giorni alle nobili e venti alle plebee.

Le disposizioni di questi Statuti sui termini in cui deve farsi la rinuncia alla comunione si ritengono abrogate coll' Ordinanza del 1667, che ha regolato i termini, che le vedove devono avere per prender qualità circa la comunione, come vedremo tra poco: questo è ciò che mi è stato attestato riguardo allo Statuto di Tours, da funzionarj ed avvocati di Tours, che io ho consultati. Vaslin nel suo comentario sull'*art.* 46 dello Statuto della Rochelle, che accorda soltanto quaranta giorni alla vedova per rinunciare, attesta pure che, secondo l' uso di questa provincia, tale disposizione è riguardata come abrogata colla Ordinanza del 1667, e che si accorda alle vedove il termine di tre mesi per fare inventario, e di quaranta giorni per deliberare, come viene stabilito con questa Ordinanza.

554. Lo Statuto di Parigi, ed una gran parte degli Statuti, non han limitato alcun tempo; essi si contentano di dire, che egli è lecito alla donna di rinunciare alla comunione, *la cosa essendo intiera*, vale a dire fintanto che essa non ha accettato la comunione, sia prendendo la qualità di comune, sia facendo qualche atto di comunione.

Secondo questi Statuti, la donna o i suoi eredi sono sempre in tempo di rinunciare alla comunione, prima che essi l' abbiano accettata, e che sieno convenuti.

Ma allorchè la vedova è convenuta da alcuni creditori della comunione per pagare la sua parte di un debito della comunione, essa deve spiegarsi sulla qualità, che intende di prendere.

Fa d' uopo nulladimeno distinguere se i termini, che l' Ordinanza accorda per prendere qualità, sieno spirati o no. L' Ordinanza ne accorda due, cioè uno di tre mesi per fare inventario, perchè essa possa mettersi al fatto con questo inventario delle forze della comunione. Questo termine corre dal giorno della morte del suo defunto marito, se ella trovavasi nel luogo in cui suo marito è morto; se no, dal giorno che ella ne ha avuto cognizione, ed essa è presunta avere avuto questa cognizione dopo che sia trascorso il tempo, che è necessario per averla, se non è giustificato il contrario. Oltre questo termine di tre mesi, che è accordato alla vedova per far questo inventario, l' Ordinanza gliene accorda uno di quaranta giorni per deliberare, il quale comincia a decorrere dal giorno in cui l' inventario è stato compito, o che lo ha dovuto essere; perchè se per trascuratezza della moglie, l' inventario non fosse stato terminato ne' tre mesi, il termine di quaranta giorni comincerebbe a decorrere dal giorno della scadenza del primo termine di tre mesi; che è quello in cui l' inventario avrebbe dovuto essere compito.

Se, al tempo della domanda del creditore, questi termini non sieno già spirati, la vedova chiamata in giudizio può arrestare le di lui istanze, opponendogli che tali termini non sono ancore decorsi. Dopo de' quali o sieno già spirati al tempo della domanda del creditore, o dopo di essa, la vedova deve spiegarsi precisamente, e riportare un atto di rinuncia alla comunione, se vuole evitare la condanna.

555. La moglie convenuta da un creditore della comunione, non può opporgli altri termini che quelli regolati dall' Ordinanza del 1667, quantunque con una clausola del suo contratto di matrimonio, le si fosse accordato un termine più lungo, perchè questa convenzione può esser valida soltanto verso gli eredi del marito, e non può nuocere a questo creditore, che non aveva parte nella convenzione.

556. Mancando la moglie di adempiere all' obbligo di presentare la sua rinuncia, dopo spirati i termini, il giudice la condanna a pagare il debito nello stesso modo, che se essa fosse stata in comunione. Ma in appello e sino a tanto, che non sia emanata sentenza e passata in giudicato, la moglie è ancora in tempo di rinunciare; nel qual caso essa deve essere discaricata dalla condanna, e solamente condannata alle spese fatte contro di lei sino al giorno in cui essa ha rinunciato.

557. Allorchè la moglie, che non ha esibito la rinuncia, è stata condannata con una sentenza di cui non può esservi appello, questa sentenza l'obbliga verso il creditore, che ha ottenuto la condanna, a pagargli la somma cui essa è stata condannata verso di lui, come se fosse in comunione; ma questa sentenza non la mette in comunione, e non impedisce che essa possa opporre un atto di rinuncia ad altri creditori, che dopo questa sentenza le chiedessero il pagamento di altri debiti della comunione; perchè è di massima, che una sentenza non può far diritto, che alla parte, che l' ha ottenuta: *Res inter alios judicatae, neque emolumentum afferre his qui judicio non interfuerunt, neque praejudicium solent irrogare*; *l.* 2. Cod. *quib. res judic. non noc.*

558. Lo Statuto non permettendo alla moglie di rinunciare alla comunione, che fin tanto che la cosa è intiera, allorchè essa ha cessato di esserlo con una espressa o tacita accettazione, che la moglie abbia fatta della comunione, da quel momento non le è più lecito di rinunciarvi, e la rinuncia, che essa in seguito facesse, sarebbe nulla, tanto verso gli eredi di suo marito, cui essa non può più domandare la restituzione de' suoi beni conferiti nella comunione, de' quali essa ha in caso di rinuncia stipulato la ricupera, che in faccia de' creditori della comunione, verso i quali, non ostante questa rinuncia, che è nulla, essa deve esser condannata a pagar loro la sua parte dei debiti della comunione; salva ad essa di usare del privilegio, che ha di non esser tenuta, che sino alla concorrenza di ciò, che essa ha avuto dalla comunione, tenendo loro conto di tutto ciò, che ne ha profittato, e presentando loro un esatto e leale inventario, come lo vedremo a suo luogo.

Se però la moglie era minore quando essa ha accettata la comunione, ella può prendere delle lettere di rescissione contro la sua accettazione, se le è pregiudizievole; e la sua accettazione essendo annullata colla ratifica delle dette lettere, *la cosa è intiera*, ed essa può validamente rinunciare alla comunione.

La moglie, che ha accettato la comunione, in età maggiore, non può dimandare di essere restituita in intiero contro la sua accettazione, quantunque le sia pregiudicevole, a meno che essa non provasse qualche soperchieria usata dagli eredi del marito per farle fare questa accettazione: per esempio, se essi avessero supposte delle false lettere, con le quali si annunciasse il ritorno inaspettato di un vascello, che si fosse creduto perduto, e sul quale il defunto aveva un grossissimo interesse; e che sulla fede di queste false lettere, che si fossero presentate alla moglie, essa avesse accettato la comunione.

559. Quantunque la moglie, che ha accettata la comunione, non possa più rinunciarvi, nulladimeno se ella ha fatto questa accettazione in frode de' suoi creditori, per liberare gli eredi di suo marito dalla ricupera de' suoi beni conferiti, stipulata col contratto di matrimonio in caso di rinuncia alla comunione, i creditori della moglie possono, in questo caso, sulla domanda da essi istituita contro gli eredi del marito, fare dichiarar nulla e fraudolenta l' accettazione della comunione fatta dalla moglie; e senza avervi riguardo esercitare la ripresa de' beni conferiti dalla moglie loro debitrice,

sciando loro tutta la parte della moglie nella comunione.

Tutto ciò che sinora abbiamo detto della moglie, si applica pure a' suoi eredi.

§ 4. *Dell' inventario, che deve fare la moglie per esser ammessa a rinunciare alla comunione.*

560. Allorchè la dissoluzione della comunione succede per la premorienza del marito, gli Statuti hanno voluto, che la moglie faccia un legale ed esatto inventario, per essere ammessa a rinunciare alla comunione.

L' articolo 237 dello Statuto di Parigi porta: *È permesso ad ogni moglie di rinunciare alla comunione dopo la morte di suo marito ... facendo un legale ed esatto inventario.*

Il motivo per cui chiedesi questo inventario, è perchè la moglie, la quale colla premorienza di suo marito si trova in possesso di tutti i beni della comunione, giustifichi con questo inventario, sia agli eredi sia ai creditori di suo marito, che essa abbandona tutti i beni della comunione, che essa è obbligata di abbandonare rinunciando alla comunione.

561. La moglie non è obbligata a far questo inventario, per esser ammessa a rinunciare alla comunione, senonchè quando avvenga la dissoluzione della comunione per la premorienza del marito: ma, allorchè, vivente il marito, avviene tale dissoluzione per una sentenza di separazione, la moglie, senza inventario, può rinunciare alla comunione; perchè non già essa in questo caso, ma il marito si trova in possesso de' beni della comunione.

562. Per la stessa ragione, gli eredi della moglie possono rinunciare alla comunione senza inventario, allorchè la dissoluzione della comunione è avvenuta per la premorienza della moglie.

563. Per la stessa ragione, quantunque sia avvenuta la dissoluzione della comunione per la premorienza del marito, se la moglie, che non coabitava allora con suo marito, non si è di nulla trovata in possesso, e che al contrario gli eredi del marito si sieno messi in possesso di tutti i beni della comunione, la rinuncia della moglie può essere valida senza inventario. Questa è l' opinione di Ricard e di Fortin sull' *art.* 237 dello Statuto di Parigi; e così è stato giudicato con sentenza del 7 febbrajo 1707, riportata da Augear, *tom.* 2, *cap.* 69, e dal comentatore di Lebrun. Nel caso di questa sentenza, la vedova in tempo della morte di suo marito, si trovava in un convento, dove suo marito l' aveva fatta chiudere per causa di demenza: il curatore nominato a questa vedova dopo la morte del marito rinunciò per essa alla comunione, senza inventario; colla sentenza, la rinunzia fu dichiarata valida contro un creditore, che la impugnava.

564. Allorchè la vedova si è trovata in possesso de' beni della comunione, ella non può, per verità, rinunciare senza inventario; ma se ne fosse stato fatto uno dopo la morte del marito, ad istanza degli eredi di lui, la moglie non sarebbe obbligata, per rinunciare, di farne un altro: basta di servirsi di quello, che è stato fatto ad istanza degli eredi, e se essa ha cognizione di alcune cose omesse, ve le deve aggiungere.

Se il marito poco prima della sua morte avesse fatto un inventario dei suoi beni, *puta*, per disciogliere una società nella quale egli era con un terzo, basterebbe alla moglie di fare una verificazione, che contenesse gli effetti compresi in questo inventario, i quali non si sono più trovati al tempo della morte del marito, e quelli, che si sono in tal tempo trovati, e che non vi erano stati punto compresi.

Allorquando, dopo la morte del marito, da qualche creditore sia stato fatto un generale sequestro ed una vendita, la moglie può impiegare per inventario i processi verbali del sequestro e della vendita.

565. Per dispensarsi di riportare un inventario non basta già alla vedova di dire, che suo marito non abbia lasciato alla sua morte cosa alcuna: essa deve giustificarlo mediante processo verbale di non esistenza (*carence*). *Atto di notorietà del* 23 *febbrajo* 1708.

566. L' inventario deve essere fatto avanti notajo, cui deve restarne la minuta, perchè non sia in potere della moglie di farlo comparire a suo arbitrio. Decisione di regolamento del 14 febbrajo 1701, inviata ai tribunali di rispettiva giurisdizione, riportata da Joui.

Del resto, sulla forma e sulle persone con le quali deve esser fatto l'inventario, vedi ciò che sarà detto, *infra, part.* IV.

567. Perchè possa la moglie rinunciare, non è necessario che il suo inventario sia stato compito e confermato in giustizia; questo compimento non è richiesto dall' *art.* 241, che per il caso del detto articolo, che concerne la continuazione della comunione. Ciò è stato giudicato con sentenza del 18 novembre 1600, pronunciata *consultis classibus*, riportata da Fortin, e nella Raccolta di Joui. Questa è pure l' opinione di Lebrun.

§ 5. *Degli effetti della rinuncia alla comunione.*

568. *Primo effetto.* L' effetto della rinuncia della moglie o de' suoi eredi è di escluderli da' beni della comunione, de' quali per conseguenza il marito o i suoi eredi restano proprietarj per intiero, *jure non decrescendi.*

La moglie, che rinuncia alla comunione, è esclusa dalla anteparte stipulata nel contratto di matrimonio, a profitto del superstite sui beni della comunione; a meno che non fosse detto col contratto di matrimonio che ella avrebbe questa anteparte anche nel caso di rinuncia.

569. Nulladimeno le si deve lasciare una veste, ed il resto di ciò che forma un completo abbigliamento, quando anche non vi fosse alcuna stipulazione di anteparte nel contratto di matrimonio: *non debet abire nuda.*

Alcuni Statuti, come il Borbonese, *art.* 245, vogliono che l' abbigliamento, che può ritenere la moglie rinunciando, non sia nè il minore nè il peggiore. Chauni, *art.* 136, ha la stessa disposizione. Bar, *art.* 80, le lascia quelli, che essa portava ne' giorni festivi.

Negli Statuti che non ne hanno parlato, io credo, che non si debba negare alla vedova la scelta del suo abito migliore.

Lo Statuto di Tours, *art.* 293, è più liberale verso le mogli, che rinunciano alla comunione; esso dà in questo caso alla vedova un letto guarnito, il suo uffizio e corona, una delle migliori vesti, e l' altra mediocre, tanto d' inverno, che d' estate. Quello del Ludonese ha ad un dipresso la stessa disposizione.

570. Quantunque in caso di rinuncia alla comunione tutti i beni della comunione appartengano alla eredità del marito, egli è nulladimeno di uso che la moglie possa sino alla fine dello inventario, vivere co' suoi domestici a spese delle provvisioni, che si sono trovate in casa alla morte del marito, senza che gli eredi del marito abbiano ragione di domandarle il prezzo di ciò, che essa ha consumato.

571. A più forte ragione gli eredi del marito non sono ammissibili per far pagare alla vedova alcun affitto della casa in cui è restata dopo la morte di suo marito; perchè la comunione è quella, che è riputata avere occupato la casa cogli effetti, che vi si trovavano, e di cui la moglie non era che custode, è dunque la comunione, che deve pagarne l' affitto.

Dopo ancora che la casa ha cessato di essere occupata co' mobili della comunione, non è di uso che gli eredi del marito esigano dalla vedova l' affitto di questa casa, sino al vicino termine, e in ciò essi soffrono ben poco; giacchè non avrebbero trovato a subaffitare la casa fuori di tempo.

Al più, prendendo le cose a rigore, la moglie non dovrebbe l' affitto che della parte, che essa ha occupato.

573. La moglie o i suoi eredi rinunciando alla comunione, non solo rinunciano ai beni di cui la comunione si trova composta al tempo della sua dissoluzione, ma a tutto ciò che ella ne abbia cavato, fintanto che quella ha durato, pe' suoi particolari affari; ed essa in conseguenza ne deve la ricompensa agli eredi del marito, all' eccezione solamente di ciò, che ne è stato cavato pe' suoi alimenti e pel

mantenimento de' suoi fondi proprj, essendo queste cose a carico della comunione. Noi tratteremo più diffusamente questa materia *infra*.

573. *Secondo effetto*. Il secondo effetto della rinuncia alla comunione, è che la moglie o i suoi eredi, che hanno rinunciato alla comunione, sono liberati da tutti i debiti della comunione.

Essi ne sono liberati anche verso i creditori, allorchè la moglie non era obbligata in suo proprio nome. Al contrario, se il debito della comunione derivasse da lei o che essa vi sia obbligata in suo proprio nome, essendo stata parte nel contratto con suo marito, che l' ha autorizzata, non ostante la rinuncia, la moglie ed i suoi eredi ne sono tenuti verso il creditore; ma essi ne devono essere soddisfatti dagli eredi del marito.

574. Riguardo a' debiti ai quali la moglie non si è in suo nome obbligata, nè essa nè i suoi eredi non ne sono già tenuti, neppure verso il creditore, quando anche potesse sembrare che la moglie ne abbia profittato; tali sono quelli del fornajo, del beccajo, del mercante che ha venduto le stoffe di cui ella è abbigliata. Denisart riporta una decisione del 22 luglio 1762, che ha assoluto una vedova, che aveva rinunciato alla comunione, dalla domanda del beccajo, per somministrazioni di carne sino alla morte di suo marito, annullando una sentenza del *Châtelet*, che aveva fatto diritto sulla domanda.

La ragione è, che la moglie è riputata aver pagato a suo marito tutto ciò che essa ha consumato delle sue differenti somministrazioni, col godimento della dote, che essa gli ha apportata, *ad sustinenda onera matrimonii*. Avendo pagata la sua parte a suo marito, essa non deve essere obbligata a pagarla una seconda volta ai mercanti, che hanno contrattato soltanto con suo marito, e non con essa; eglino non sono più fondati a domandargliela, di quello che lo sarebbe un fornajo, che avesse dato del pane ad uno che tiene pensione, e che pensasse di domandarne il prezzo ai pensionarii che l' hanno mangiato. Questa decisione deve aver luogo, quand' anche la moglie avesse aggiustati i conti, o che ella stessa ne avesse fatto la compra: perchè essa non è riputata far questo, che per suo marito ed in di lui nome; nè è per ciò riputata volersi in questo modo obbligare in suo nome. Così è stato giudicato con sentenza del 16 febbrajo 1694, riportata al quinto volume del Giornale delle Udienze.

575. Egli è lo stesso di tutti i contratti, che una moglie di mercante o di artigiano fa per lo commercio di suo marito; essa è riputata farli per suo marito, senza volersi obbligare in suo nome. Ma allorchè ella fa da se sola un commercio separato, si reputa che ella si obblighi in suo nome, per tutto ciò che è relativo a questo commercio: quindi è che rinunciando alla comunione, ella è tenuta a questi debiti verso i creditori con cui ella ha contrattato, salvo il regresso contro gli eredi di suo marito, che la devono indennizzare.

576. La moglie, che rinuncia alla comunione, deve pure essere fatta indenne dall' eredità di suo marito di tutte le spese d' inventario, quantunque fatte ad istanza della detta moglie. Lebrun gliene fa addossare la metà, ma io credo che questo sia un errore. Queste spese sono un peso privilegiato dei beni della comunione, che era necessario di provare con un inventario; devono per conseguenza essere pagate su' detti beni, e non dalla vedova, siccome nel caso di una eredità beneficiaria le spese d' inventario si pagano su i beni dell' eredità e non dall' erede beneficiario. Lebrun cava argomento per la sua opinione dall' *art.* 107 dello Statuto di Troyes, che dice che il *superstite* pagherà la metà delle spese del detto inventario. La risposta è, che questo articolo suppone il caso di accettazione come il più comune.

ARTICOLO III.

Del caso in cui la moglie lasci più eredi, di cui gli uni accettino la comunione, e gli altri vi rinuncino.

577. Il diritto, che ha la moglie di avere la metà de' beni di cui si tro-

va composta la comunione al tempo della sua dissoluzione è, secondo le massime, che noi abbiamo stabilite nel nostro *Trattato delle Obbligazioni*, n. 288, un diritto divisibile, poichè ha per oggetto qualche cosa di divisibile; questa metà ne' detti beni, che fa l'oggetto di questo diritto, essendo, come i detti beni, qualche cosa di divisibile.

Da ciò segue, secondo le stesse massime, che allorquando la moglie lascia più eredi, questo diritto, che ha la moglie di avere la metà ne' beni della comunione, si divide di pieno diritto, come tutti gli altri diritti divisibili dell'eredità, tra i suoi eredi, i quali vi succedono ciascuno per l'ereditaria loro parte. Per esempio, se la moglie lascia quattro eredi, ciascuno succederà per un quarto alla parte della moglie, ed avrà un quarto nella metà de' beni della comunione.

578. Su ciò non avvi difficoltà, allorquando tutti gli eredi accettano la comunione; ma se tre dei detti eredi rinunciano alla comunione, e che un solo l'accetta, questo accettante avrà egli in intiero la metà spettante alla moglie ne' beni della comunione, o non avrà egli che il suo quarto dalla detta metà?

Lebrun decide che egli avrà la metà per intiero. Questa decisione mi sembra contraria alle prime massime. Questi tre eredi della moglie hanno bensì rinunciato alla comunione per la porzione che essi vi avevano; ma non hanno già rinunciato all'eredità della moglie. Colui che ha accettato la comunione, non ostante questa rinuncia de' suoi coeredi, non è erede della moglie che per un quarto, e per conseguenza ei non succede a' diritti della moglie che per un quarto, e conseguentemente non può succedere al diritto di lei ne' beni della comunione che per un quarto, come a tutti gli altri diritti ereditarj.

Dunque non devonsi ad esso accrescere le parti alle quali i suoi coeredi hanno rinunciato; esse devono, per la loro rinuncia restare al marito *jure non decrescendi*, per la stessa ragione che la parte della moglie sarebbe restata in intiero al marito, se la moglie e tutti gli eredi di lei avessero rinunciato alla comunione.

Ciascuno de' quattro eredi della moglie, che è succeduto per la sua quarta parte al diritto della comunione, ha pel suo quarto lo stesso diritto della moglie; per conseguenza siccome la moglie, se ella fosse sopravvissuta, non avrebbe potuto rinunciare alla comunione per sgravarsi dei debiti, se non se lasciando agli eredi di suo marito ogni suo diritto sui beni comuni; similmente ciascuno de' suoi eredi non può rinunciare alla comunione senonchè lasciando al marito il diritto nel quale egli è succeduto alla moglie nei beni della comunione per la parte, che egli vi ha.

Risulta da tutto ciò, che nel caso posto, allorchè la moglie ha lasciato quattro eredi, tre de' quali abbiano rinunciato alla comunione ed un solo l'abbia accettata, quegli, che l'ha accettata, deve avere soltanto il suo quarto nella metà, ed il marito deve avere il soprappiù; cioè la metà come capo, ed i tre quarti dell'altra metà, che sono le porzioni alle quali gli altri tre eredi hanno rinunciato.

Non si può cavare pruova alcuna dal diritto di accrescere, che ha luogo tra i legatarj di una stessa cosa, pel diritto di accrescere le porzioni degli eredi della moglie, che hanno rinunciato alla comunione, alla porzione di colui, che l'ha accettata. Il diritto d'accrescimento che ha luogo tra i legatarj, non ha luogo che tra quelli che sono *conjuncti re*, sia che esisieno *conjuncti re et verbis*, sia che lo sieno *re tantum*, vale a dire, tra coloro a ciascuno de' quali il testatore ha legata la cosa intiera: di maniera che soltanto la loro concorrenza dà luogo a dividere tra essi la cosa legata.

Allorchè l'uno di questi legatarj congiunti premuore o ripudia il legato, la porzione, che egli avrebbe avuta nel legato, se l'avesse accettato, deve accrescersi o piuttosto non decrescere a colui, che l'ha accettato, perchè egli è legatario della cosa intiera, e per conseguenza non vi era che la concorrenza del suo collegatario, che lo poteva privare di una parte della cosa.

Ma allorchè il testatore ha assegnato a ciascuno de' suoi legatarj una parte della cosa, che ha loro legata, quantunque con una medesima frase,

per esempio, allorchè egli disse: io lego a Tizio e a Cajo una tal cosa in eguali porzioni, *ex aequis partibus*, questi legatarj sono *conjuncti verbis tantum qui ab initio partes habent*, e non vi ha luogo tra essi al diritto di accrescere a meno che il testatore non lo avesse spiegato: quindi, se uno di essi ripudia il legato, quegli che ha accettato non avrà che la metà, che gli è stata assegnata nella cosa legata, senza poter pretendere l'aumento della parte di colui, che l'ha ripudiata, perchè egli non è legatario che della sua metà. Così decide la legge 11, *de usufr. acc.* Cujacio, *ad l.* 16, ff. *de leg.* 1.

Facendo l'applicazione di questi principj agli eredi di una moglie, i quali sono succeduti al suo diritto di comunione, e di cui uno abbia accettata la comunione, e gli altri vi abbiano rinunciato, egli è evidente che questi eredi non possono essere paragonati a questi legatarj che sono *conjuncti re*, e tra i quali vi ha luogo al diritto di accrescere: al contrario essi rassomigliano a quelli i quali *ab initio partes habent*; questi eredi, come questi legatarj, *ab initio partes habuerunt*, e ciascuno di loro non è succeduto che per la sua parte al diritto della moglie nella comunione; d'onde segue che, siccome non vi ha luogo al diritto di accrescere tra questi legatarj che punto non sono *conjuncti re*, e che al contrario *ab initio partes habent*, non deve neppure aver luogo il diritto di accrescere tra questi eredi.

579. Passiamo ad un'altra quistione, ritenendo il caso di quattro figli eredi della loro madre, di cui uno accetti la comunione e gli altri tre vi rinuncino, se col contratto di matrimonio la ricupera de' beni conferiti dalla moglie era stata stipulata a vantaggio de' figli in caso di rinuncia, per qual parte ciascuno de' figli, che hanno rinunciato alla comunione, avrà egli la ricupera di questi beni conferiti, e da chi è essa loro dovuta? Il diritto di ricupera de' beni conferiti dalla moglie in caso di rinuncia essendo un diritto divisibile della sua eredità, ciascuno de' quattro figli vi è succeduto per la sua porzione ereditaria, cioè a dire per un quarto. Da ciò segue che ciascuno de' tre, che hanno rinunciato, non può esercitare questa ricupera, che per un quarto. Riguardo alla quarta parte, che colui, che ha accettata la comunione, avrebbe avuto, se avesse egualmente rinunciato, egli ne ha fatto confusione colla accettazione della comunione, e questo quarto de' beni conferiti è restato confuso ne' beni della comunione.

Quindi non avvi difficoltà; ve ne sono però sulla questione da chi sia dovuta questa ricupera. Il figlio, che ha accettata la comunione, è egli tenuto di contribuirvi pel quarto nella metà, che egli ha ne' beni della comunione; o il marito è egli solo tenuto di soddisfare a questa ricupera verso i tre figli che hanno rinunciato? Per farvi contribuire il figlio, che ha accettato, si dirà che i beni conferiti dalla moglie essendo entrati nella comunione, la ricupera di questi beni è un debito della comunione a cui il figlio accettante deve esser tenuto, come di tutti gli altri debiti della comunione, per la parte, che egli vi ha. Si dirà inoltre che tale ricupera si esercita come tutte le altre prelevazioni sulla massa de' beni della comunione, la quale essendo per tale modo diminuita, la parte che il figlio accettante ha in questa massa si ritrova diminuita in proporzione, ed il figlio viene con ciò a contribuire per la sua parte a questa ricupera.

Ad onta di siffatte ragioni, io sono d'avviso che si debba decidere che il marito solo è obbligato a pagare agli altri tre rinuncianti la parte che ciascuno di essi ha ne' beni conferiti dalla moglie, senza che il figlio accettante sia tenuto a contribuirvi; e che in conseguenza la ricupera non deve esser fatta in questo caso sulla massa de' beni della comunione. La ragione è, che i figli che rinunciano alla comunione, e domandano per la loro parte i beni conferiti dalla loro madre, abbandonano al marito la parte che la madre aveva nella comunione; questa parte de' beni conferiti dalla madre è il prezzo dell'abbandono, che essi fanno al marito della sua parte della comunione: ora il marito pro-

fittando solo dell' abbandono di questa parte, che resta ad esso *jure non decrescendi*, come l' abbiamo sopra veduto, n. 544, egli solo è risponsabile del prezzo di questo abbandono.

580. Passiamo presentemente al caso in cui la moglie abbia lasciati degli eredi in diverse sorte di beni, l' uno ne' suoi mobili ed acquisti, l' altro ne' suoi beni proprj provenienti da una certa linea. La parte dei debiti della comunione, di cui l'eredità della moglie è tenuta in caso di accettazione della comunione, dovendo essere in questo caso sopportata tanto dall' erede de' beni proprj che dall' erede de' mobili ed acquisti, in proporzione di ciò che ciascuno ha nello attivo dell' eredità, quantunque l'erede de' beni proprj non succeda in niente nelle cose che compongono la comunione, ne segue che questi eredi hanno degli interessi opposti rapporto al partito dell' accettazione della comunione, ed a quello della rinuncia alla comunione. L' erede dei beni proprj, il quale in caso di accettazione della comunione non succede a nulla di ciò che ne compone l' attivo, e soggiace nulladimeno alla sua parte dei debiti della comunione, ha interesse di rinunciarvi, per quanto vantaggiosa sia in se stessa la comunione: potrà egli, in pregiudizio dell' erede de' mobili ed acquisti, rinunciare ad una comunione che è in se stessa vantaggiosa, e così discaricarsi della parte dei debiti che egli ne deve sopportare, e che farà ricadere sull' altro erede?

Viceversa, l' erede de' mobili ed acquisti può qualche volta aver interesse di accettare una comunione onerosa; perchè succedendo solo a tutto ciò che ne compone l' attivo, egli si discarica di una parte del passivo sopra l' erede de' beni proprj: potrà egli a pregiudizio di tale erede accettare una comunione che in se stessa è più onerosa che vantaggiosa?

Vaslin, sullo Statuto della Rocella pretende, su la opinione di Lebrun che egli cita, che l' erede de' mobili ed acquisti possa accettare la comunione, quantunque manifestamente gravosa, in pregiudizio dell' erede dei beni proprj che egli farà contribuire alla parte dei debiti della comunione, di cui l' eredità della moglie è gravata; egli si fonda sopra l' *art.* 229 dello Statuto il quale, deferendo la metà della comunione all' erede de' mobili, egli ha (dice egli) questa parte in proprio nome; da che conclude che egli può a suo grado accettarla, senza che l' erede de' beni proprj possa criticare la sua accettazione; e che questo non è il caso di entrare nello esame del *quid utilius*, e di ciò che avrebbe dovuto fare la defunta, poichè non è già a nome della defunta, ma in suo proprio nome che egli accetta. Questa opinione mi pare ingiusta e fondata sopra un falso principio. Egli è falso che l' erede de' mobili ed acquisti abbia a nome proprio la parte de' beni della comunione; egli ha questa parte come erede della moglie, come rappresentante la persona di lei, e perchè trova nell' eredità della moglie il diritto di accettare questa parte di beni della comunione. Se non l' avesse in questa maniera, se egli l' avesse in testa sua, come lo pretende Vaslin, ne verrebbe che solo sarebbe tenuto a tutti i debiti della comunione di cui questa parte di beni della comunione è gravata, e che non vi potrebbe far contribuire in niente l' erede de' beni proprj. Questo diritto di accettare o di ripudiare la comunione è adunque un diritto dell' eredità della moglie, che non è che una sola ed unica eredità quantunque la legge vi chiami più persone, alle quali essa ne distribuisce l' attivo e passivo. Questo diritto interessa differentemente l' erede de' mobili ed acquisti, cui giova l' accettazione dovendo esso succedere nello attivo, e l' erede de' beni proprj che non può succedere se non nel passivo. Questa scelta interessando diversamente i differenti eredi, non deve farsi secondo il particolare interesse nè dell' uno nè dell' altro erede, ma secondo l' interesse generale dell' eredità; i differenti eredi rappresentando tutti insieme la persona della moglie, devono fare per essa la scelta, che più non può fare essa stessa, ma che essa ha interesse di fare, considerandola come sopravvivente a se stessa nella sua eredità.

Fa d' uopo adunque, per questa scelta, entrare nell' esame del *quid utilius*, cioè a dire bisogna esaminare non l'interesse particolare dell' uno o dell'altro degli eredi della moglie, ma l'interesse generale della sua eredità. Se da questo esame apparisca che la comunione sia in se medesima vantaggiosa, e che in conseguenza sia d' interesse generale dell'eredità della moglie di accettarla, si deve in questo caso far prevalere il partito della accettazione, e l'erede de'beni proprj non è ammissibile a sgravarsi della parte che egli deve sopportare nel passivo della comunione, dichiarando che vi rinuncia. Al contrario, se scorgesi che la comunione è in se stessa più onerosa che di profitto, e che in conseguenza è dell' interesse generale dell' eredità della moglie di rinunciarvi, si deve in questo caso far prevalere il partito della rinuncia; e l' erede ne' mobili ed acquisti non può, accettando questa comunione, far soggiacere l'erede de'beni proprj a' debiti di questa comunione.

Qualche volta è l' erede de' beni proprj della moglie colui, che ha interesse all'accettazione della comunione; come nel caso in cui ella si trovasse pressochè intieramente composta di beni proprj della linea di questo erede, che la moglie vi avesse mobilizzati : se in questo caso l' erede de'beni proprj volesse accettare la comunione per succedere a questi beni proprj mobilizzati, e che l'erede dei mobili ed acquisti volesse rinunciarvi, farebbe d' uopo entrare in esame del *quid utilius*, come nel caso precedente, e se la comunione fosse trovata in se stessa vantaggiosa, l' erede de' mobili ed acquisti non potrebbe, dichiarando che egli vi rinuncia, sgravarsi della parte, che egli deve sopportare nel passivo di questa comunione. Al contrario, se essa è trovata più onerosa che utile, l'erede dei beni proprj che l' ha accettata, non potrà far sopportare niente del passivo di questa comunione all' erede de' mobili ed acquisti, che vi rinuncia.

581. Allorchè la moglie ha lasciato per successore un erede, che si attiene ai quattro quinti de' beni proprj, ed un legatario universale nel legato del quale cade tutto l'attivo della comunione per la parte che vi aveva la moglie; se l' erede avesse rinunciato alla comunione prima che il legatario universale fosse messo in possesso del suo legato, bisogna in questo caso entrare nell'esame del *quid utilius*. Se con questo esame la comunione si trovasse essere in se stessa vantaggiosa, il legatario universale, non ostante la rinuncia alla comunione fatta dall' erede, il quale non ha potuto farla a suo pregiudizio, sarebbe ammesso nella sua qualità di legatario universale ad accettare la comunione, ed a far sopportare allo erede, che si è tenuto ai quattro quinti de' beni proprj, la parte che egli deve sopportare del passivo della comunione : al contrario, se la comunione fosse trovata essere più onerosa che utile, il legatario, accettandola, non potrebbe all'erede far sopportar niente del passivo.

PARTE QUARTA

DELLA LIQUIDAZIONE E DIVISIONE CHE SI FANNO DOPO LA DISSOLUZIONE DELLA COMUNIONE

Noi tratteremo in un primo capitolo dei differenti crediti di ciascuno de'conjugi contro la comunione, e dei differenti debiti di ciascuno dei detti conjugi verso di essa. In un secondo capitolo tratteremo della divisione dei beni della comunione, e degli atti, che la precedono.

CAPITOLO PRIMO.

Dei differenti crediti di ciascuno dei conjugi contro la comunione: e dei differenti debiti di ciascuno dei detti conjugi verso la stessa comunione.

582. Dopo lo scioglimento della comunione, si devono liquidare i crediti, che ciascuno de' conjugi ha contro la comunione, ed i debiti di cui ciascuno di essi è debitore.

Questa liquidazione è necessaria in caso di accettazione della comunione fatta dalla moglie o suoi eredi, affinchè ciascuno de' conjugi, o i suoi eredi, possa nella divisione, che si farà de' beni della comunione, esercitare la ricupera di questa somma di cui egli si sarà trovato creditore della comunione, deduzione fatta di quella di cui egli era debitore verso di essa; e che nel caso in cui l'uno o l'altro de' conjugi si fosse trovato debitore di qualche somma verso la comunione, deduzione fatta di ciò, che gli è dovuto dalla comunione medesima, questa somma, di cui si è trovato debitore verso la comunione, gli verrà nella divisione computata sopra la sua porzione.

583. Nel caso di rinuncia alla comunione fatta dalla moglie o da'suoi eredi, è inutile di liquidare i crediti ed i debiti, che ha il marito contro la comunione; perchè con questa rinuncia restando solo proprietario dei beni, e solo tenuto dei debiti della comunione, si fa confusione in lui di tutto ciò, che gli è dovuto dalla comunione e di tutto ciò, che egli le deve.

Riguardo alla moglie, fa d' uopo, nel caso di rinuncia alla comunione come nel caso di accettazione, liquidare i crediti della moglie contro la comunione; perchè pe'suoi crediti ella ha azione contro il marito o suoi eredi, e fa d'uopo egualmente liquidare i debiti di cui ella è tenuta verso la comunione; la somma di cui ella si troverà debitrice dovendo esserle dedotta sulla restituzione di sua dote.

Noi percorreremo in una prima sezione, le differenti specie di crediti, che ciascuno de' conjugi può avere sulla comunione; e in una seconda sezione, le differenti specie di debiti di cui essi possono essere debitori verso la comunione.

SEZIONE PRIMA.

Dei differenti crediti de' conjugi contro la comunione.

584. La prima specie di credito, che ciascuno de' conjugi può avere contro la comunione, è la ricupera di tutto il mobiliare, che ciascuno di essi si è col contratto di matrimonio riservato come proprio, e che è entrato nella comunione nell' atto o dopo il

matrimonio. Noi abbiamo di già parlato di questo credito, *part.* 1, *cap.* 2, nell'articolo in cui abbiam trattato della clausola di realizzazione.

La seconda specie di credito di ciascuno de'conjugi contro la comunione, è il reimpiego del prezzo de'suoi beni proprj alienati durante la comunione. Noi ne tratteremo in particolare nel primo articolo di questa sezione; percorreremo, in un secondo articolo, le altre differenti specie di crediti de'conjugi verso la comunione; in un terzo osserveremo la differenza tra il marito e la moglie rapporto a questi crediti.

ARTICOLO PRIMO.

Del rinvestimento del prezzo de'beni proprj de' conjugi alienati durante la comunione.

585. Allorchè durante la comunione il fondo proprio dell'uno o dello altro conjuge è stato alienato, o allorchè la rendita propria di uno di essi è stata redenta, e che la comunione ne ha ricevuto il prezzo, se non è stato rinvestito in altri fondi o rendite, nel modo che si è detto sopra, *n.* 198 *e* 199, quel conjuge, cui apparteneva il fondo o la rendita, è creditore di questo prezzo verso la comunione.

Su questo punto non vi è mai stata difficoltà, quando col contratto di matrimonio era stato stipulato, che ciascuno de'conjugi avrebbe il rinvestimento del prezzo de' suoi beni proprj alienati durante il matrimonio: in mancanza di questa clausola nel contratto di matrimonio o nell'alienazione, il conjuge non poteva altre volte pretendere alcun reimpiego nè ricupera del prezzo. Siccome questo era un adito aperto al conjuge di avvantaggiarsi, il nuovo Statuto di Parigi, per impedire questi indiretti vantaggi, che ne risultavano, ha accordato la ricupera del prezzo, quantunque non vi fosse alcuna convenzione. Così dispone l'articolo 232, in cui si dice: « Se durante il matrimonio sia venduto alcun fondo, o rendita propria, appartenente all' uno o all' altro de' conjugi; o se la detta rendita è riscattata, il prezzo della vendita o riscatto si preleva sui beni della comunione, in vantaggio di quello cui apparteneva il fondo o rendita, ancorchè vendendo non fosse stato convenuto del reimpiego o ricompensa, e che non vi sia stata alcuna dichiarazione su questo fatto ». Questo articolo è stato inserito nello Statuto di Orleans, *art.* 192.

Dopo la riforma dello Statuto di Parigi, negli Statuti che non se ne sono spiegati si era ancora seguita per poco tempo l' antica giurisprudenza, la quale non accordava alcuna ricupera, se non fosse stata convenuta nel contratto di matrimonio o nell' alienazione; ma in seguito questa disposizione dello Statuto di Parigi è stata estesa a tutti gli altri. Ciò appare dalle decisioni riportate da Brodeau, sopra Louet, *Lettera* R, *cap.* 30.

Questa disposizione dello Statuto di Parigi, è principalmente fondata su la massima, che non è permesso all'uno dei conjugi di avvantaggiar l'altro a sue spese durante il matrimonio.

Da ciò segue, che uno de' conjugi non può a sue spese avvantaggiare la comunione durante il matrimonio, perchè avvantaggiando la comunione avvantaggia l'altro conjuge per la parte che questi deve avere ne' beni della comunione al tempo della sua dissoluzione.

Ne segue ancora, che allorquando i beni proprj di uno de'conjugi sono stati alienati durante la comunione, egli deve alla dissoluzione della medesima prelevare sui beni della comunione tutto ciò, che le è pervenuto coll' alienazione di questa proprietà: altrimenti a sue spese avvantaggerebbe la comunione.

Quantunque la disposizione dell'*art.* 232 dello Statuto di Parigi sia principalmente stata fatta per impedire i vantaggi indiretti tra marito e moglie, nulladimeno essa è stata estesa anche agli Statuti, che loro permettono di avvantaggiarsi; è sembrato inconveniente di permettere in questi Statuti de' vantaggi, che non fossero l' effetto di una espressa volontà delle parti.

I principj da noi esposti sono applicabili a tutto ciò, che farà la materia di quanto noi tratteremo ne'cin-

que seguenti paragrafi. 1. In che consista la ricupera, allorchè il fondo proprio dell'uno de'conjugi sia stato venduto durante la comunione. 2. Quali specie di alienazioni di un fondo o altro diritto immobile proprio dell' uno de'conjugi, diano luogo alla ricupera, ed in che ella consista in ciascuna delle dette specie di alienazioni. 3. Noi vedremo se la vendita di un ufizio della casa reale, di cui il marito era in possesso prima del matrimonio, dia luogo al rinvestimento. 4. Riporteremo un caso in cui vi ha luogo alla ricupera del prezzo de' fondi alienati prima che la comunione sia cominciata. 5. Vedremo se il marito sia tenuto del rinvestimento del prezzo dei fondi della moglie alienati dopo la separazione.

§ 1. *In che consista la ricupera allorquando il fondo proprio dell'uno de'conjugi sia stato venduto durante la comunione.*

586. Secondo i nostri principj ne risulta, che la ricupera è dovuta di ciò, che è pervenuto alla comunione coll' alienazione de' beni proprj del conjuge; questa ricupera non deve farsi nè del prezzo, che questa proprietà è stata stimata col contratto di matrimonio, nè di quello, che valeva al tempo dell' alienazione; ma precisamente di quello per cui è stato venduto, quando anche fosse stato venduto più o meno di ciò che valeva. Così vien deciso dall' *art.* 232 dello Statuto di Parigi, qui sopra riportato, il quale dice: *Se durante il matrimonio è venduto alcun fondo proprio* ...... IL PREZZO DELLA VENDITA È PRELEVATO.

587. Secondo gli stessi principj, questi termini dello Statuto, *il prezzo della vendita*, devonsi intendere non solo del prezzo principale, ma di tutto ciò, che ne è accessorio e di cui la comunione abbia profittato, per esempio di ciò che è stato ricevuto per regali, spilli, o sotto qualunque altra denominazione, sia in danaro sia in cose mobili.

Per esempio, se io ho venduto il mio fondo proprio, durante la comunione con mia moglie, e che il compratore abbia dato alla stessa un bello abito, io devo prelevare non solo la somma, che ha costituito il prezzo principale della vendita, ma ancora la somma, che valeva quest' abito dato a mia moglie: perchè quest' abito faceva parte del prezzo della vendita della mia proprietà, e la mia comunione ne ha profittato.

590. Per la stessa ragione si deve comprendere *nel prezzo della vendita*, la cui ricupera mi si compete, quello de'pesi valutabili in danaro, che sono stati imposti al compratore, e di cui la comunione ha profittato. Per esempio, se un raffinatore ha, durante la sua comunione, venduto il suo proprio fondo a Pietro per una certa somma, coll'obbligo, che Pietro lo servirebbe gratuitamente in qualità di agente per tre anni, l'impiego di questo servizio imposto a Pietro, è un impiego valutabile in danaro, e di cui la comunione ha profittato, poichè essa è stata per questi tre anni liberata dal salario, che avrebbe dovuto pagare ad un agente: il raffinatore deve avere adunque la ricupera del prezzo di questo impiego, vale a dire della somma alla quale sarebbero ammontati i salarj di tre anni, di cui la comunione è stata liberata.

Per la stessa ragione, il conjuge deve avere la ricupera del prezzo dei pesi, che egli ha imposti sul suo proprio fondo alienandolo, allorchè la comunione ne abbia profittato. Per esempio, se un conjuge vendendo una casa sua propria, l'ha gravata del diritto di servitù verso la casa vicina, che è un coacquisto della sua comunione, egli deve averne la ricupera del prezzo, che si estimerà valere questo diritto di servitù di cui la comunione profitta a spese di questo conjuge, il quale avrebbe venduto la sua casa a più caro prezzo se l' avesse venduta senza questo peso.

589. La comunione non deve gl'interessi del prezzo della vendita del fondo proprio di uno de' conjugi, che ella ha ricevuto, se non dal giorno dello scioglimento della comunione; essa non ne deve per tutto il tempo trascorso dopo che ella ha ricevuto questo prezzo, sino a quello dello scioglimento della comunione; perchè que-

sti interessi tengon luogo de' frutti del fondo, che essa avrebbe avuti, se il fondo non fosse stato venduto.

590. Allorchè il fondo è stato venduto per un solo prezzo co' frutti pendenti, se la comunione ha durato al di là del tempo della raccolta di questi frutti, sopra questo prezzo si deve dedurre quello de' frutti pendenti; perchè la comunione non profitta già del prezzo dei detti frutti, i quali le sarebbero appartenuti, se essi non fossero stati venduti; essa non profitta, che del di più, e perciò non deve la ricupera, che del soprappiù.

Per la stessa ragione allorchè uno de' conjugi ha, durante la comunione, venduto il suo fondo proprio per un certo prezzo, e che il compratore, che entra in godimento dal giorno del contratto, non sia però obbligato a pagare, che dopo tre anni senza interesse, se la comunione ha durato sino ai tre anni o al di là, il conjuge non può pretendere la ricupera di questo prezzo, che sotto la deduzione di quello di tre anni di godimento, il quale avrebbe appartenuto alla comunione, e che è entrato in questo prezzo.

591. *Contra vice versa.* Se uno dei conjugi ha venduto durante la comunione il suo proprio fondo per un certo prezzo pagato in contante al tempo del contratto, e coll' obbligo nulladimeno che il compratore non entrasse in godimento, che alla fine dei tre anni; se la comunione ha durato sino a questo tempo, questo conjuge deve riprendere non solo il prezzo portato nel contratto, ma il di più, che il fondo sarebbe stato venduto, senza la riserva di questi tre anni di godimento, che ne ha diminuito il prezzo: altrimenti sarebbe una perdita, che farebbe questo conjuge di cui profitterebbe la comunione, che durante questi tre anni ha avuto nello stesso tempo e il godimento del fondo e quello del prezzo.

592. Allorchè siasi venduto durante la comunione un diritto di usufrutto o di rendita vitalizia proprio dell' uno dei conjugi, per lo prezzo di una certa somma pagata in contante, il conjuge non deve prelevare questa somma, che sotto la deduzione di ciò di cui la comunione avrebbe profittato da questo usufrutto o dalle annualità di questa rendita, durante tutto il tempo trascorso dopo la vendita, che ne è stata fatta sino a quello dello scioglimento della comunione, al di là degl' interessi del prezzo ricevuto, perchè la comunione non ha profittato della somma ricevuta per questo prezzo, che con questa deduzione.

Per esempio, io suppongo che un diritto di usufrutto, la cui rendita, dedotti tutti i pesi e rischi, era di mille lire annue, sia stato venduto per 12,000 lire, e che la comunione abbia durato dieci anni, in un tempo in cui l' interesse del danaro era al 5 per 100; quest' usufrutto, se non fosse stato venduto, avrebbe, durante i dieci anni decorsi dopo la vendita sino allo scioglimento della comunione, prodotto per cadaun anno 400 lire, al di là dell' interesse delle 12,000 lire, il che forma in dieci anni la somma di 4,000 lire; il conjuge non deve adunque prelevare la somma di 12,000 lire, per la quale il suo fondo proprio è stato venduto, se non prededotta detta somma di 4,000 lire. Non importa, secondo questa opinione, che lo scioglimento della comunione sia avvenuto per la morte di quel conjuge cui apparteneva l' usufrutto o la rendita vitalizia, o dell' altro; la ricupera del prezzo si regola in questo modo sì nell' uno, che nell' altro caso.

§ 2. *Quali specie di alienazioni di fondi e diritti immobiliari di ciascuno de' conjugi diano luogo alla ricupera, ed in che essa consista nel caso di ciascuna delle dette specie di alienazioni.*

593. Ciò che dà luogo alla ricupera non è solamente la vendita de' beni proprj di ciascuno de' conjugi, tutte le altre specie di alienazioni delle dette proprietà, colle quali pervengono alla comunione, sia qualche somma di danaro o altra cosa, sia qualche vantaggio valutabile in danaro, vi danno similmente luogo: questo è ciò che noi intraprendiamo di dimostrare, percorrendo le differenti specie di alienazioni.

594. *La dazione in pagamento*. Allorchè uno de' conjugi ha dato in pagamento di alcuni debiti della comunione il suo proprio fondo, egli è creditore della comunione dell' ammontare dei detti debiti; perchè la comunione ha profittato di altrettanto colla liberazione dei detti debiti, che gli ha procurato l'alienazione del fondo di questo conjuge dato in pagamento dei detti debiti.

La donazione rimuneratoria. Allorchè uno de' conjugi ha fatto donazione ad alcuno del suo proprio fondo in ricompensa di servigj; se questi servigj erano valutabili in danaro e che la ricompensa di questi servigj fosse dalla comunione dovuta, il conjuge sarà creditore verso la comunione dello ammontare del prezzo di questi servigj, di cui la comunione è stata liberata; perchè fino alla concorrenza del prezzo dei detti servigj questa donazione è una dazione in pagamento di un debito della comunione.

La donazione onerosa. Allorchè uno de' conjugi, colla donazione, che egli ha fatta ad alcuno, durante la comunione, del suo proprio fondo, ha imposto al donatario alcuni pesi; se questi pesi sono valutabili in danaro e che la comunione ne abbia profittato, il conjuge è creditore verso la comunione del valore di questi pesi di cui la comunione ha profittato: perchè coll' alienazione di questo fondo è pervenuto qualche cosa alla comunione.

L' alienazione per una rendita vitalizia. Allorchè uno de' conjugi durante la comunione ha alienato il suo proprio fondo per una rendita vitalizia, la ricupera, a questo conjuge dovuta, consiste nella somma di cui le annualità della rendita vitalizia, decorse dopo l'alienazione del fondo, sino allo scioglimento della comunione, eccedono le rendite del detto fondo, le quali sarebbero cadute nella comunione se il fondo non fosse stato alienato. Per esempio, supponiamo che un fondo la cui rendita era, dedotti tutti i pesi e rischi, 600 lire annue, sia stato alienato per una rendita vitalizia di 1,000 lire, e che la comunione abbia durato dieci anni dopo l'alienazione di questo fondo, la rendita vitalizia ha ecceduto di 400 lire annue la rendita del fondo; in conseguenza forma pe' dieci anni, che sono decorsi durante la comunione, una somma di 4,000 lire di cui ha profittato la comunione, e di cui il conjuge, che ha alienato il suo fondo, deve avere la ricupera. Osservate che se il premorto dei due conjugi avesse dato il suo proprio fondo per una rendita vitalizia a profitto di lui e dello altro conjuge vita durante di ambedue, gli eredi del premorto avrebbero diritto di percepire questa rendita in vece del sopravvivente vita sua durante, a cui il premorto non ha potuto validamente fare alcun vantaggio durante il matrimonio.

595. *La permuta*. Allorchè uno dei conjugi ha alienato il suo proprio fondo a titolo di permuta, contro cose mobiliari, che egli ha ricevute in contraccambio, questo conjuge è creditore verso la comunione della somma, che le dette cose valevano al tempo, che egli le ha ricevute; le dette cose essendo state sostituite durante la comunione al fondo proprio della comunione, che è stato alienato, sono elleno stesse proprietà di comunione, che non vi hanno potuto entrare che a carico della ricupera, come noi l' abbiamo veduto *supra*, n. 99.

Similmente, allorchè la permuta è stata fatta contro un altro fondo, ma col peso di un conguaglio, sia in danari sia in altre cose, il conjuge è creditore verso la comunione della somma o del valore delle cose, che egli ha ricevute per questo conguaglio.

596. *Enfiteusi*. Allorchè uno dei conjugi ha, durante la comunione, dato ad enfiteusi il suo fondo, se con questo contratto egli ha ricevuto a titolo di buon ingresso una somma di danaro o altre cose mobili; ovvero se a titolo di buon ingresso egli abbia imposto qualche altro peso di cui la comunione abbia profittato, egli ha diritto verso la comunione della ricupera, sia della somma di danaro, sia del valore delle cose, ch' egli ha ricevute per titolo di buon ingresso, sia del valore de' pesi, che ha imposti in quel contratto, de' quali la comunione ha profittato.

597. Non importa che l'alienazio-

ne sia stata necessaria o volontaria, perchè il conjuge sia creditore di tutto ciò che è pervenuto alla comunione coll' alienazione fatta, essa durante, del suo proprio fondo. Ciò apparisce dall' *art.* 232 dello Statuto di Parigi qui sopra riportato, il quale accorda la ricupera del prezzo di redenzione di una rendita propria (ciò che è una alienazione necessaria), egualmente che quella del prezzo della vendita volontaria, che è stata fatta di un fondo proprio.

Per questa ragione allorchè, durante la comunione, uno de' conjugi è stato obbligato di rilasciare uno dei suoi fondi proprj in seguito di un' azione di ricompra, o di retratto di famiglia, feudale o convenzionale, egli è in diritto verso la comunione di ricuperare il prezzo del fondo, che gli è stato pagato per le dette azioni di redenzione o di retratto.

598. Non è lo stesso del rilascio di un fondo, che uno de'conjugi avesse comperato prima del suo matrimonio, che egli sia stato obbligato di eseguire durante la comunione in virtù di un' azione rescissoria del venditore, sia per causa di minorità, sia per causa di lesione, o sia per qualunque altra causa, la vendita, che gli è stata fatta di questo fondo, essendo rescissa colla sentenza, che interviene sopra questa azione, egli è riputato non esserne stato giammai proprietario: il rilascio che ei ne eseguisce sopra quest' azione, non può adunque passare per un' alienazione del suo proprio fondo, e la somma, che gli è resa dal venditore, non può passare per prezzo del suo proprio fondo; egli è riputato essere stato solamente creditore della ripetizione di questa somma *condition sine causa*, avendola pagata in virtù di un contratto nullo: questo credito essendo il credito di una somma di danaro, e per conseguenza un credito mobiliare, è caduto nella comunione, senza che il conjuge ne possa avere alcuna ricupera, a meno che col suo contratto di matrimonio egli non avesse, con una clausola di realizzazione, stipulato considerarsi come proprio il suo mobiliare.

Contra viceversa: se l' uno de' conjugi avesse prima del suo matrimonio venduto il suo fondo per un prezzo al disotto della metà del giusto prezzo, e che in seguito, durante la comunione, egli avesse esercitato l' azione rescissoria contro il compratore, che gli ha pagato una certa somma per supplemento del giusto prezzo, il conjuge avrebbe diritto verso la comunione alla ricupera di questa somma; perchè ella è il prezzo di redenzione dell' azione rescissoria che questo conjuge aveva contro questo compratore, e per conseguenza il prezzo della redenzione di un fondo proprio; perchè quest'azione rescissoria era un diritto immobiliare, che apparteneva a questo conjuge prima del suo matrimonio, per conseguenza un bene proprio di comunione.

599. Allorchè durante la comunione uno de' conjugi è stato obbligato di rilasciare in virtù di un'azione ipotecaria un fondo, che era proprio di comunione; se per eseguir questo rilascio prima del suo matrimonio egli ha ricevuto dall' attore una certa somma di danaro, pel prezzo de' miglioramenti fatti da lui o da'suoi autori sopra questo fondo, egli è in diritto verso la comunione di prelevar questa somma; perchè questi miglioramenti facendo parte del fondo sul quale essi sono stati fatti, la somma, che egli ha ricevuto per essi, è una somma, che egli ha ricevuto durante la comunione per prezzo del suo fondo proprio, che egli è stato obbligato di rilasciare e di alienare durante la comunione.

Se i miglioramenti fossero stati fatti dopo il matrimonio, non vi sarebbe ricupera della somma pagata dallo attore per tali miglioramenti, perchè essendo stati fatti a spese della comunione, la comunione è quella che ha dovuto esserne rimborsata.

600. Allorchè in virtù di un' azione di rivendicazione durante la comunione uno de' conjugi sia stato obbligato di rilasciare un fondo, che egli possedeva prima del suo matrimonio, egli non deve prelevare la somma, che ha ricevuto per lo prezzo de' miglioramenti; in questo caso non si può dire che il prezzo di questi miglioramenti fosse il prezzo del suo fondo proprio, perchè mediante la sentenza si dichiara che il fondo non gli ap-

parteneva e non era in conseguenza un fondo suo proprio: i miglioramenti fatti su questo fondo, quantunque fatti co' suoi danari, non gli appartenevano, ma bensì spettavano al proprietario del fondo, secondo la regola, *accessorium sequitur jus ac dominium rei principalis*. Il conjuge non aveva pel rimborso del prezzo di questi miglioramenti che un credito personale, *ex quasi contractu negotiorum gestorum*, contro il proprietario del fondo: questo credito essendo il credito di una somma di danaro, e per conseguenza credito mobiliare, è caduto nella comunione come il resto del suo mobiliare, senza che egli ne possa avere la ricupera, a meno che egli col suo contratto di matrimonio non si fosse riservata la proprietà del suo mobiliare.

601. Allorchè durante la comunione uno de' conjugi con una transazione abbia rilasciato per una certa somma un fondo, che prima del suo matrimonio egli possedeva, ad una persona che gliene contestava la proprietà, il conjuge è in diritto verso la comunione di prelevar questa somma, perchè quantunque sia incerto se questo fondo gli apparteneva, e per conseguenza se la somma, che egli ha ricevuto per far questo rilascio, sia il prezzo di un fondo proprio di questo conjuge, è certo almeno che questa somma, che egli ha ricevuto durante la comunione, è il prezzo del diritto che aveva sopra questo fondo; questa pretensione è una specie di diritto, che egli aveva prima del suo matrimonio e che per conseguenza era un bene suo proprio; la somma, che ha ricevuto per l' abbandono di questo diritto, può dunque riguardarsi come il prezzo di un abbandono di una sua proprietà, che egli ha fatto durante la comunione, e che egli deve per conseguenza prelevare.

§ 3. *Se la vendita di un impiego nella casa reale fatta durante il matrimonio, e che il marito aveva prima del suo matrimonio, può dare luogo al rinvestimento del prezzo.*

602. Questa questione è stata giudicata con una sentenza del 24 settembre 1679 riportata nel secondo volume del Giornale del Foro, per una carica di segretario del Gabinetto reale, occupata dal signor Lucas prima del suo matrimonio, e che avea venduta durante il suo matrimonio per lo prezzo di centotto mila lire collo assenso del Re. Lucas avendo chiesto di prelevar questa somma nella divisione della comunione, ciò gli fu contestato dagli eredi di sua moglie fondandosi su la ragione, che questi impieghi non essendo, come l' abbiamo veduto *supra*, n. 91, che commissioni a disposizione del Re, ed essendo cose, che non sono già *in bonis*, e che propriamente non fanno parte del patrimonio e de' beni dell' impiegato, che ne è rivestito, il signor Lucas non poteva pretendere che la somma, che egli avea ricevuto dal rassegnatario del suo impiego, fosse il prezzo de' suoi beni proprj, poichè l' impiego non essendo totalmente un suo bene, non poteva essere annoverato tra le sue proprietà. Non essendo dunque il prezzo di una proprietà, non può esser considerato che come un semplice avventizio, che Lucas tiene dalla liberalità del Re, il quale per gratificare Lucas, ha voluto dare al rassegnatario l' assenso sotto la condizione di pagare a Lucas questa somma. Essendo avvenuto questo avventizio durante la comunione, è perciò caduto in essa. Lucas rispondeva che quantunque un impiego della casa reale, fintanto che si considera come in potere e disposizione del Re, non sia un bene dell' impiegato, esso lo diviene però col permesso, che il Re dà all' impiegato di venderlo e disporne; il signor Lucas vendendo il suo impiego ha dunque venduto il *suo bene e bene proprio*, poichè era una cosa, che egli aveva prima del suo matrimonio; la somma, che egli ha ricevuto per lo prezzo del suo impiego, è dunque il prezzo di una sua proprietà venduta durante la comunione, di cui lo Statuto gli accorda la recupera. La sentenza ha deciso che la recupera era dovuta.

§ 4. *Caso in cui vi ha luogo alla ricupera del prezzo de' fondi alienati prima che sia incominciata la comunione.*

603. Supponiamo che col loro con-

tratto di matrimonio due futuri conjugi abbiano stipulato che essi sarebbero in comunione conforme allo Statuto; l' uno di essi nel tempo intermedio del contratto e della celebrazione del matrimonio ha venduto i suoi fondi in vista di avvantaggiare l' altro conjuge, facendo entrare nella comunione al tempo della celebrazione delle nozze, che è il tempo in cui essa incomincia, tutto il mobiliare, che si trova avere in quel momento, nel qual mobiliare egli ha convertito il prezzo de' suoi fondi, i quali non sarebbero entrati in comunione s'ei non gli avesse venduti; in questo caso quantunque i fondi di questo conjuge fossero stati alienati prima che cominciasse la comunione, tuttavia a questo conjuge o a' suoi eredi competerebbe la ricupera del prezzo, che fosse susseguentemente entrato nella comunione dopo ch' essa è incominciata. La ragione si è, che de' futuri sposi possono bensì assicurarsi tali vantaggi nel loro contratto di matrimonio, ma nel tempo intermedio che passa tra il contratto e la celebrazione, non è più loro permesso di cangiarne le condizioni e di farsi alcun vantaggio, nè diretto, nè indiretto, senza saputa e beneplacito de' loro parenti che vi hanno assistito. Per questa ragione gli Statuti di Parigi, *art.* 258, e di Orleans, *art.* 223, dichiarano nulle tutte le controscritture fatte a parte e non in presenza dei parenti, che hanno assistito al contratto di matrimonio. *Vedi Introduzione.* Ora, la vendita che questo conjuge ha fatto dei suoi fondi nel tempo intermedio tra il contratto e la celebrazione, è un vantaggio, che egli ha voluto fare all' altro conjuge in un tempo proibito, facendo entrare nella comunione il mobiliare in cui egli ha convertito i suoi fondi, che non dovevano entrarvi; quindi, affin d' impedire questo vantaggio, si deve accordare a lui ed a' suoi eredi la ricupera del prezzo dei detti fondi che è entrato nella comunione. *Vedi supra*, n. 281.

604. Ma il conjuge ha egli egualmente in tal caso il rinvestimento del prezzo delle sue rendite, che sono state riscattate nel tempo intermedio tra il contratto di matrimonio e la sua celebrazione? La ragione di dubitare si è, che la redenzione delle rendite essendo forzata, pare che non si possa dire che il conjuge ricevendo tali danari abbia avuto intenzione di avvantaggiare l' altro conjuge; nulladimeno io penso che per impedire i vantaggi indiretti si debba accordargli la ricupera; altrimenti il conjuge, al quale sono dovute le rendite, potrebbe trovare il mezzo di procurarne il riscatto impiegando de' terzi a somministrare al debitore i danari per farlo.

§ 5. *Il marito è egli tenuto del rinvestimento del prezzo de' fondi venduti dalla sua moglie separata?*

605. Allorchè il marito ha autorizzato sua moglie a vendere un fondo proprio di lei ed a riceverne il prezzo, e non apparendo alcun rinvestimento di tale prezzo, si controverte fra gli autori se il marito sia in questo caso tenuto del rinvestimento del prezzo verso la moglie o suoi eredi. Per la negativa, si dice che la ragione per la quale lo Statuto di Parigi ha accordato il rinvestimento non può in questo caso aver luogo, conciossiachè lo ha accordato per impedire i vantaggi indiretti, che durante il matrimonio non sono permessi; ora la comunione essendo stata arricchita col prezzo, che vi è entrato mediante la vendita del fondo proprio, l' altro conjuge, che partecipa della comunione, troverebbesi avvantaggiato a spese del conjuge, che ha venduto il suo proprio fondo, se non gli si accordasse il rinvestimento: ma egli è evidente, che questa ragione non può in questo caso essere applicata, giacchè non vi è comunione in cui abbia potuto entrare il prezzo di un fondo proprio della moglie.

Coloro, che sostengono l' opinione contraria, e che pretendono che il marito debba essere tenuto al rinvestimento del prezzo de' fondi venduti durante il matrimonio da una moglie separata, converranno senza difficoltà, che la ragione, per cui si accorda il rinvestimento nel caso di una comunione, non si applica punto nel caso di una separazione; ma vi sono delle altre fortissime ragioni per ob-

bligare il marito a fare un rinvestimento del prezzo de' fondi, che sua moglie separata vende durante il matrimonio, e per renderlo responsabile del prezzo allorchè egli non ha fatto fare rinvestimento alcuno. Queste ragioni sono, che senza ciò la separazione aprirebbe ad un marito la via di appropriarsi tutta la sostanza di sua moglie, coll'abuso che egli potrebbe fare del potere, che ha sopra di lei inducendola a vendere i suoi fondi, e di mano in mano a farsene consegnare il prezzo senza che nulla apparisca. Non avvi altro mezzo per rimediare a questo inconveniente, che di obbligare il marito a fare l'investimento di cui abbiamo parlato; con ciò non si reca alcun pregiudizio al marito essendo in suo potere, o di non autorizzare sua moglie a vendere i suoi fondi, o, anco avendola autorizzata, di tenere il prezzo depositato appo il notajo fino a che siasi trovata l'occasione di farne l'investimento. Allorchè più non trovansi i danari, nè si trova esserne stato fatto investimento, legittimamente si sospetta, che il marito se gli abbia appropriati, e in conseguenza egli n'è responsabile.

Nè si ammette la scusa, che i danari sono stati pagati alla moglie, la quale ne dispose a suo piacimento, perchè era in suo potere di arrestarli nelle mani di chicchessia, e d'impedire che venissero a lei pagati. Il che non avendo egli fatto, è garante non solo come legittimamente sospetto di essersegli appropriati, ma ancora per un'altra ragione, la quale è che la separazione non dando alla moglie, che il diritto di amministrare i suoi beni, e di percepirne le rendite, la moglie separata rimane, quanto alla sua persona ed alla disposizione de' suoi fondi, sotto la podestà e direzione di suo marito: ora, è una conseguenza di questa direzione, che il marito sia tenuto d'invigilare alla conservazione de' fondi di sua moglie, ed allorchè sono alienati, d'investirne il prezzo. Questa opinione è avvalorata da due sentenze del 24 marzo 1641 e 30 luglio 1744, riportate nella Raccolta delle decisioni della quarta camera dei ricorsi; ma avvene una contraria del 27 aprile 1748, riportata nella stessa Raccolta. Per conciliarle fa d'uopo dire che, allorquando una moglie ha venduto un fondo, o ricevuto il riscatto di qualche rendita dopo la sua separazione, il marito, che l'ha autorizzata, è tenuto del rinvestimento del prezzo, tanto verso la moglie, che verso gli eredi di lei, quando egli è sospetto di averne profittato; ciò che sopra tutto si presume allorchè risulta non esserne stato fatto investimento di sorta. Nel caso delle due sentenze, che hanno deciso pel rinvestimento, il marito era sospetto di aver profittato del prezzo, come lo riporta l'autore della Raccolta, il quale era stato uno dei giudici. Al contrario, allorchè il marito non è sospetto di avere profittato del prezzo, la moglie che fa ella stessa l'investimento del prezzo, per isvantaggioso che sia, non è ammissibile a reclamar contro di esso, ed il marito, che non ha ricevuto i danari, non è tenuto del rinvestimento. Questo è il caso della sentenza del 1748 la quale ha rigettata la domanda del rinvestimento. L'autore che la riferisce ci dice, che, nel caso di questa sentenza, la moglie dopo la seguita separazione di beni era sempre stata in cattiva intelligenza con suo marito; essendosi volontariamente separati di abitazione, il marito per conseguenza non poteva esser sospetto di aver profittato del prezzo; d'altronde la moglie conveniva di averlo impiegato ella stessa in azioni, che furono di niun risultato.

ARTICOLO II.

Degli altri crediti, che ciascuno dei conjugi ha verso la comunione in tempo del suo scioglimento.

606. Ciascuno de' conjugi è creditore della comunione della ricupera non solo del suo mobiliare realizzato nel contratto di matrimonio, e del prezzo de' suoi beni proprj, che sono stati venduti, e di cui il prezzo sia stato pagato durante la comunione, ma anche di tutte le cose le quali, quantunque mobili, sono provenute da' suoi proprj, senza però esserne frutti, e che loro sono state sostituite; e ge-

neralmente di tutte le cose, che abbiamo veduto *supra*, *part. I*, *cap. 2*, *sez.* 1, *art.* 1, § 3, dover essere, quantunque mobili, escluse dalla comunione, e non entrarvi, che a patto della ricupera.

607. Si può stabilire ancora per principio generale, che ciascuno dei conjugi, quando si scioglie la comunione, è creditore di tutto ciò di che egli ha arricchito la comunione a sue spese mentre che essa ha durato.

Eccone un esempio: supponiamo tre fondi contigui; quello, ch'è superiore è un fondo, che è mio proprio di comunione, quello di mezzo appartiene ad un vicino, l'inferiore è un coacquisto della mia comunione. Durante la comunione io stipulai una convenzione col vicino, in virtù della quale io ho liberato il suo fondo da un diritto di servitù, che egli doveva al mio fondo proprio di comunione: in ricompensa di che il vicino ha dal suo canto liberato il fondo, acquisto di comunione, da una servitù, che esso doveva al suo. Con questa convenzione io ho arricchita la comunione, migliorando un acquisto di essa coll'esimerlo da un diritto di servitù di cui era gravato; ed io ho procurato questo vantaggio alla comunione a mie spese, cedendo un diritto di servitù, che apparteneva al mio fondo. Per la quale cosa avendo io diminuito i diritti ed il prezzo del mio fondo proprio, debbo esser creditore verso la comunione medesima di quanto in forza della predetta convenzione l'avessi arricchita, vale a dire della somma, che si stimasse valere la liberazione della servitù di cui l'acquisto era gravato, sino alla concorrenza però della somma a cui si stimasse ammontare il diritto di servitù dovuto al mio fondo di cui io ho fatta cessione.

608. Ecco un altro caso: uno dei miei parenti in linea collaterale mi ha fatto un legato; egli è morto durante la mia comunione, e la sua eredità mi è stata in parte deferita, quantunque la porzione, che io avessi potuto pretendere nella sua eredità, fosse stata più considerabile del legato, che egli mi ha fatto, tuttavia colla mira di avvantaggiare la mia comunione, nella quale doveva entrare il legato, ed in cui non sarebbero entrati gl'immobili, che io avrei avuti per la mia porzione ereditaria, ho rinunciato all'eredità ed ho prescelto il legato. Si dimanda, se in questo caso debba riputarsi, che io abbia arricchito la comunione a mie spese, e se in conseguenza mi si competa la ricupera delle cose legate, che feci a mie proprie spese entrare nella comunione, essendo stato perciò obbligato a rinunciare alla porzione, che io aveva diritto di pretendere nella eredità? Lebrun decide per l'affermativa: egli si fonda su la ragione, che se non si accordasse la ricupera in questo ed in altri simili casi, si lascerebbe ai conjugi l'arbitrio di farsi, durante il matrimonio, de'vantaggi indiretti vietati dagli Statuti. Io son d'avviso che la opinione di Lebrun non debba seguirsi in pratica: in questo ed altri simili casi il conjuge, che può scegliere fra le due qualità, *puta*, fra quella di legatario e quella di erede, e che realmente decidesi per l'una delle due, non fa che usare del diritto, che egli ha di scegliere quella, che meglio a lui conviene. I suoi eredi non debbono quindi essere ammessi a sostenere, che la qualità di legatario, che egli ha scelta, era in se stessa meno vantaggiosa, che quella di erede, e che egli l'ha scelta colla mira di avvantaggiare la comunione, e avvantaggiando la comunione di avvantaggiar l'altro conjuge. Ciò sarebbe entrare in una discussione, che aprirebbe l'adito a liti, che in pratica si debbon sempre evitare. D'altronde quando fosse pure stabilito, che il legato, che egli ha scelto, sia di minor valore della porzione ereditaria alla quale egli ha rinunciato, non ne verrebbe perciò, che egli avesse scelto il legato colla vista di avvantaggiare la sua comunione; egli può aver avuto altre viste per preferire il legato ad una porzione ereditaria, *puta* per non esporsi a debiti ignoti, che potrebbero sopravvenire e a delle garentie per divisioni.

ARTICOLO III.

Differenza tra il marito e la moglie per rapporto a' loro crediti verso la comunione.

609. *Prima differenza.* Il marito

non è creditore della comunione se non di ciò, che egli vi ha fatto entrare. Se egli ha venduto durante la comunione un suo fondo proprio, e che per sua negligenza nel procedere contro il compratore divenuto insolvibile sia stato pagato soltanto di una parte del prezzo, egli non è creditore verso la comunione senonchè della parte del prezzo, che ha ricevuto durante la comunione medesima. Se abbia lasciato prescrivere delle sue proprie rendite, egli non può pretendere dalla comunione alcuna indennizzazione. Al contrario la moglie è creditrice della comunione della ricupera de' suoi crediti stipulati di lei proprj, e per lo prezzo de' suoi fondi proprj venduti durante la comunione, quantunque il marito non se ne sia fatto pagare. La mancanza di un tal pagamento provenne per di lui colpa e negligenza; e quindi egli ne è risponsabile. Essendo egli, durante il matrimonio, amministratore de' beni proprj di sua moglie, in questa qualità egli è tenuto verso di lei della negligenza commessa nella riscossione, che egli era obbligato di farne, e quindi egli grava la comunione di questo debito, che contrae verso sua moglie.

Per la stessa ragione, se egli ha lasciato perdere, sia in forza di prescrizione sia per mancanza di fare un'iscrizione o di opporsi ad una vendita forzata, alcune rendite o altri diritti proprj di sua moglie, egli è tenuto verso di lei dei danni ed interessi, ch'ella ne soffre; e siccome egli contrae questo debito durante la comunione, così ne grava la medesima, e per conseguenza la moglie è creditrice verso la comunione dei detti danni ed interessi.

610. *Seconda differenza*. Il marito non può pe' crediti, che egli ha verso la comunione, pagarsi senonchè sopra ciò che resta de' beni della comunione, dopo che la moglie ha prelevato pe' detti beni quanto dalla medesima se le deve. La moglie quantunque abbia accettata la comunione non è tenuta per parte sua a ciò, che è dovuto a suo marito dalla comunione, come a tutti gli altri debiti della comunione, che sino alla concorrenza di ciò, che approfitta nella comunione medesima; al contrario, riguardo a' crediti, che essa ha verso la comunione, in caso di mancanza di fondi della comunione, ha diritto di pagarsi sui beni proprj di suo marito; ed ha su questi beni una ipoteca dal giorno del suo contratto di matrimonio, o, qualora non ve ne sia stato, dal giorno della celebrazione delle nozze.

611. L'ipoteca dal giorno del contratto di matrimonio non soffre difficoltà, nè riguardo alla ricupera delle somme realizzate nè riguardo alla ricupera de' fondi proprj della moglie alienati durante il matrimonio, allorchè l' alienazione è stata necessaria; ma quando l' alienazione è stata volontaria, l' ipoteca, che si fa rimontare in questo caso al giorno del contratto di matrimonio, soffre le stesse difficoltà, che quella accordata alla moglie per la sua indennità dei debiti della comunione a' quali essa si è obbligata. Noi ne tratteremo *part*. V, ed ivi rimettiamo i nostri lettori.

La giurisprudenza non fece caso di queste difficoltà, e presentemente non si pone in dubbio, che la moglie abbia ipoteca dal giorno del suo contratto di matrimonio per la ricupera de' suoi beni proprj alienati, sia che l' alienazione sia stata necessaria, sia che essa sia stata volontaria.

SEZIONE II.

De' differenti debiti di cui ciascuno de' conjugi può esser tenuto verso la comunione in tempo del suo scioglimento.

612. I debiti di cui ciascuno dei conjugi o suoi eredi possono trovarsi debitori verso la comunione in tempo del suo scioglimento, sono: 1.° ciò, che resta dovuto della somma, che il conjuge ha promesso di conferire nella comunione: Vedi sopra questa specie di debito, ciò che noi abbiamo detto *supra, parte* 1, *cap*. 3, *sez*. 2, *art*. 2.; 2.° le compensazioni, che possono esser dovute da ciascuno de' conjugi alla comunione, per ciò, che ha cavato durante la comunione medesima, per affari suoi particolari. Noi fisseremo nel primo articolo delle massime generali sopra questi compensi; e ne esamineremo i varj casi negli articoli seguenti.

ARTICOLO PRIMO.

Massime generali su'compensi dovuti alla comunione.

613. *Prima massima.* Ogniqualvolta l'uno o l'altro de' conjugi si è arricchito a spese della comunione, ne deve il compenso.

Seconda massima. Il compenso non si estende sempre a quanto la comunione ha sofferto di scapito per l'affare particolare di uno de' conjugi; ma è dovuto soltanto sinò alla concorrenza di ciò, che egli ha profittato.

Terza massima. Il compenso non eccede il danno sofferto dalla comunione, per grande che sia stato il profitto, che il conjuge ne abbia ritratto.

Noi avremo occasione di fare l'applicazione di queste massime percorrendo i varj casi di questi compensi.

ARTICOLO II.

Del compenso dovuto alla comunione pel pagamento dei debiti proprj di uno de' conjugi.

614. Allorchè uno dei conjugi ha durante la comunione pagato, co'danari della comunione, un debito suo proprio, egli ne deve il compenso alla comunione. Questo compenso è fondato sulla prima massima, che un conjuge deve compenso tutte le volte, che egli lucrò a spese della comunione; avvegnachè questo conjuge, pagando il suo proprio debito, si arricchì a spese della comunione, che gli ha fornito i danari per pagarlo.

615. Allorchè questo debito era di una determinata somma, di cui egli solo era tenuto in virtù di una convenzione di separazione dei debiti, egli deve compensare la somma da lui pagata; ma quando il debito, che egli ha pagato co'danari comuni, consisteva in una rendita di cui egli era debitore, la comunione non può domandargli precisamente la somma da lui presane per redimerla, non essendo debitore verso la comunione, che della continuazione di una rendita eguale a quella di cui egli si è liberato verso il suo creditore.

Ciò è conforme alla nostra seconda massima in materia di compenso, la quale porta, non doversi il compenso che in proporzione di ciò, che il conjuge ha profittato a spese della comunione. Il conjuge in questo caso non essendo stato liberato a spese della comunione che di una rendita, non deve adunque, secondo questa massima, esser debitore verso la comunione che della continuazione di una simile rendita.

Così dispongono gli *art.* 244 e 245 dello Statuto di Parigi: « Quando una rendita dovuta da uno de' conjugi, sopra i suoi fondi proprj prima del loro matrimonio, sia redenta dai detti conjugi o da uno di essi, costante il loro matrimonio, tale riscatto è riputato coacquisto; *art.* 244.

Ed è tenuto l'erede (del conjuge debitore della rendita) o detentore del fondo soggetto alla rendita, a continuare il pagamento per metà (all'altro conjuge); e pagare tali annualità dal giorno della morte sino allo intiero riscatto; *art.* 245.

L'articolo suppone il caso dell'accettazione della comunione; in questo caso, l'erede del conjuge debitore della rendita, essendo proprietario per metà de' beni della comunione, confonde in lui la metà di questa rendita, di cui egli è debitore verso la comunione; ed egli non è tenuto a continuarla all'altro conjuge, senonchè per la metà che l'altro conjuge ha ne' beni della comunione.

Ma se l'erede della moglie debitrice della rendita, rinunciasse alla comunione, nulla potendo avere nei beni della comunione a motivo di siffatta rinuncia, ed il marito restandone solo proprietario, questo erede sarebbe obbligato a continuare al marito la rendita nel suo totale. Se questa rendita fosse dovuta dal marito, e fosse stata redenta co'danari della comunione, non avrebbe luogo la disposizione di questi articoli, eccettochè nel caso di accettazione della comunione per parte della moglie o dei suoi eredi; in caso di rinuncia, avrebbe a formarsi un'intiera confusione ed estinzione della rendita stessa.

616. Vi sono due opinioni sull'interpretazione di questi termini dell'ar-

ticolo 244, *tale riscatto si reputa coacquisto*. I primi opinano che nel dire tale riscatto si voglia dire che la rendita in questo modo redenta co'danari comuni è riputata la stessa rendita in natura, la quale non ha fatto che cangiare di creditore, ed è divenuta un coacquisto della comunione, per conto della quale ritiensi ch'essa sia stata acquistata dal creditore, a cui era dovuta. Lebrun, *lib.* 3, *cap.* 2, *sez.* 1, *dist.* 5, segue questa opinione, e trae argomento da questi termini dell'articolo 245, *ed è tenuto l'erede . . . . a continuare la metà della detta rendita*.

Questi termini, *della detta rendita*, danno chiaramente a divedere, doversi intendere di quella stessa rendita, che è stata redenta co'danari della comunione; che il conjuge, che l'ha redenta, continua ad esserne debitore verso la comunione, in luogo di quello che ne era creditore. Se lo Statuto avesse inteso che il conjuge il quale ha redento co'danari della comunione la rendita, che doveva prima del suo matrimonio, fosse tenuto a continuare, non già precisamente la stessa rendita, ma un'altra che ei si credesse aver costituita sulla comunione per lo prezzo della somma da lui cavato per riscattar quella rendita, lo Statuto non avrebbe detto che egli è tenuto a continuare la metà *della detta rendita* allo altro conjuge; ma bensì avrebbe detto che egli è tenuto di continuargli la metà *di una rendita simile*.

Si può ancora a sostegno di questa opinione trarre argomento da ciò che è detto nell'articolo 244, *ed è tenuto l'erede o detentore del fondo soggetto alla rendita continuare ec.* Lo Statuto decidendo con quest'articolo, che allorquando la rendita, che il conjuge ha redenta co'danari della comunione, fosse una rendita fondiale, di cui era gravato il suo proprio fondo, il detentore di questo fondo è colui, che succede a questo fondo medesimo, che n'è il principal debitore, e che la deve continuare; esso manifestamente decide, che è la stessa rendita fondiale, la quale sussiste a profitto della comunione; perchè se la rendita la cui continuazione è dovuta, fosse una nuova rendita, che si credesse costituita dal conjuge a favore della comunione pel prezzo dei danari, che essa gli ha somministrati per lo riscatto, questa sarebbe una rendita personale, dovuta quindi da tutti gli eredi di questo conjuge, e non già precisamente dal detentore del fondo, che era gravato di quella rendita, che venne poscia redenta.

617. La seconda opinione è di quelli che pensano, che la rendita, di cui il conjuge diviene debitore verso la comunione, non sia già la stessa rendita in natura, che egli ha redenta coi danari della comunione, ma piuttosto una nuova rendita, che questo conjuge è riputato, *potestate juris*, avere costituito a profitto della comunione, per lo prezzo della somma, che egli ne ha cavata per redimere ed estinguere l'antica; la qual costituzione è fatta con surrogazione ai privilegj ed ipoteche dell' antica. Essi in conseguenza interpretano questi termini, *tale riscatto si reputa coacquisto*, però in questo senso: *tale riscatto si reputa contenere un coacquisto*, vale a dire un coacquisto fatto a profitto della comunione di una simile rendita contro il conjuge, che ha redento coi danari della comunione quella di cui egli era debitore.

A favore di questa seconda opinione si dice, che la principale intenzione del conjuge, il quale durante la comunione redime co' danari comuni una rendita di cui egli è debitore, è quella di estinguere la rendita, e non di acquistarla a profitto e per conto della comunione. Similmente, l' intenzione del creditore da cui si riscatta, non è che di ricevere questa redenzione, non già di alienar questa rendita: non è dunque più la stessa rendita che sussiste, poichè ella è stata estinta con mutuo consenso del debitore, che l'ha redenta, e del creditore che ne ha ricevuto il riscatto; essa è piuttosto una nuova rendita, che il conjuge, il quale era debitore della antica, costituisce a profitto della comunione pel prezzo del danaro, che essa ha somministrato per redimere l' antica; la qual nuova rendita è simile a quella, che venisse costituita a favore di un terzo, che ne somministrasse il danaro.

618. Si risponde a sostegno della prima opinione, che anche accordando che la rendita fosse stata realmente estinta, la legge poteva con una finzione di diritto farla rivivere e farla riguardare come tuttavia sussistente a profitto della comunione, e questo è appunto ciò, che lo Statuto di Parigi ha voluto fare, per quanto apparisce dai termini di cui si è servito, come di sopra si è fatto vedere.

Quantunque la seconda opinione presenti qualche cosa di plausibile, bisogna nulladimeno convenire che la prima sembra più conforme al testo.

619. Dal propendere piuttosto per l' una che per l' altra di queste opinioni dipende la soluzione delle diverse questioni che insorgono su tale materia.

Un conjuge doveva prima del suo matrimonio una rendita alla ragione del 5 1/2 per cento, poichè questa fissazione d' interesse era quella, che stabiliva la legge quando detta rendita venne costituita; egli viene in oggi a redimerla co' danari della comunione. La rendita continuerà ella a profitto della comunione sul piede del 5 1/2 oppure sul piede del 4 per cento, che è quello del tempo in cui venne fatta la redenzione co' danari della comunione? Secondo la prima opinione, se la rendita che il conjuge deve continuare alla comunione è precisamente quella stessa che venne redenta co' danari comuni, convien dire che dessa continua alla ragione del 5 1/2. Lebrun, seguendo Ricard, cita una decisione del 7 settembre 1662, la quale ha deciso, conformemente a questa opinione, che la rendita continuava nella stessa ragione con cui venne costituita, quantunque fosse minore all' epoca della redenzione. Al contrario attenendosi alla seconda opinione si deve decidere che essendo questa una nuova rendita, che riguardasi come costituita a vantaggio della comunione pel prezzo del denaro, che questa ha somministrato per redimere l' antica, non la si deve che in ragione del 4 per cento, ragione dalla legge fissata allorchè la comunione ha somministrato la somma per la quale si reputa essere stata costituita la rendita.

620. Nel caso contrario: quando la rendita dovuta da uno dei conjugi in ragione del 2 per cento prima del suo matrimonio, è stata redenta co' denari della comunione, continuerà essa alla stessa ragione, ovvero al 4 per cento, ragione che era già stabilita per le rendite all' epoca della redenzione? Sì nell' una che nell' altra opinione, fa d' uopo decidere, che la rendita proseguirà in ragione del 2 per cento.

Ciò è pienamente conforme alla nostra seconda massima su i compensi, cioè che il compenso è dovuto soltanto fino alla concorrenza di quanto il conjuge ha profittato a spese della comunione. Il conjuge dunque non avendo profittato che della liberazione di una rendita del due per cento, egli non deve continuarla che alla stessa ragione.

621. Allorquando uno de' conjugi ha liberato co' denari della comunione una rendita enfiteutica dovuta sopra un fondo proprio, l' altro conjuge, per la metà, che deve essergliene continuata, ha egli i medesimi diritti e prerogative che sono proprie de' padroni di canoni enfiteutici? Secondo la prima opinione bisogna dire che ha i medesimi diritti e prerogative; stando alla seconda, bisogna decidere il contrario. La rendita, che continua per metà verso l' altro conjuge, non essendo, secondo questa opinione, che una rendita costituita a prezzo di denaro verso la comunione, per la somma che dessa ha somministrata per redimere l' antica, il conjuge, a cui si continua, non è punto un creditore di rendita enfiteutica, e per conseguenza non può avere i diritti di pegno, di prelazione sopra i frutti del fondo soggetto alla rendita redenta, nè sopra i mobili inservienti alla sua coltivazione, non appartenendo tali diritti se non se ai proprietarj delle rendite fondiali.

La rendita enfiteutica dovuta sul fondo proprio di uno de' conjugi, che è stata redenta co' denari della comunione, essendo una rendita di cui poteva liberarsi con la retrocessione del fondo che vi era soggetto; questo conjuge potrà egli egualmente in virtù di tale retrocessione liberarsi da quella di cui è divenuto debitore ver-

so la comunione? È indubitabile che lo possa, secondo la prima opinione; poichè, secondo questa, è precisamente la medesima rendita, che si reputa continuare. Non si potrebbe, seguendo anche la seconda opinione, dire che lo possa, adattandovi la seconda massima sul proposito de' compensi, e dicendo che stante questo secondo principio, il conjuge non deve essere obbligato verso la comunione a più di quello che ne ha profittato? Essendo stato liberato da una rendita di cui aveva facoltà di esonerarsi mediante la retrocessione del fondo, egli doveva avere la stessa facoltà per rapporto a quella, ch' era stata surrogata nella comunione.

Nulladimeno io penso che seguendo la seconda opinione non possa in questo caso esservi luogo alla retrocessione. La facoltà di retrocedere derivava dalla natura della rendita ch' è stata redenta, per la ragione ch' ella era un peso piuttosto del fondo che della persona; al contrario quella di cui il conjuge è debitore verso la comunione, è, a senso della seconda opinione, una rendita dovuta dalla persona del conjuge; ed è, contro la natura di essa, che il conjuge, che n' è personalmente debitore, possa esonerarsene abbandonando il fondo, che vi è soltanto ipotecato. Del resto se il conjuge non ha, per rapporto alla nuova rendita, la facoltà dell' abbandono, egli ha invece la facoltà di redimerla sempre, mediante il rimborso della somma presa dalla comunione, e colla quale si reputa che l' abbia costituita.

622. Quando la rendita, che uno de' conjugi ha redenta co' danari della comunione, era una rendita enfiteutica stabilita sul suo proprio fondo, e che sebbene ella non fosse di sua natura redimibile, pure il creditore abbia consentito che lo divenisse, il conjuge che l'ha redenta, e che deve continuarla all'altro conjuge per la parte che esso ha nella comunione, ha egli la facoltà di redimerla rendendo all'altro per la sua detta parte la somma tratta dalla comunione per redimere siffatta rendita? Ciò non ammette dubbio quanto alla seconda opinione; ma anche seguendo la prima, io ritengo doversi decidere ch'egli ha questa facoltà. Lo Statuto apertamente gliela accorda, e non meno a lui che a' suoi successori, poichè nell' *art.* 245 dice, *che il possessore del fondo soggetto alla rendita* (ciò che non può riferirsi senonchè ad una rendita enfiteutica), è obbligato a continuarla *sino alla totale redenzione*. Dunque lo Statuto accorda in tal caso la facoltà della redenzione.

Questa facoltà sarà essa soggetta ad estinguersi colla prescrizione di trenta anni? Io non lo credo: i soli diritti e facoltà provenienti da patti e convenzione vanno soggetti a tale prescrizione: il conjuge ed i suoi successori avendo dallo Statuto la facoltà di redimer la rendita, questa è imprescrittibile, come lo è la facoltà, che la legge accorda di liberare le rendite create sulle case di città.

623. Uno de' conjugi durante la comunione ha redento co' danari comuni una rendita fondiale di cui era gravato un fondo dell' antico suo patrimonio: se questo conjuge morendo lascia più eredi, gli uni de' mobili ed acquisti, gli altri de' beni proprj, sopra quale di questi eredi cadrà l'obbligo di continuare la rendita verso l'altro conjuge? Sopra tutti, o soltanto sopra l' erede de' beni proprj, succeduto al fondo, che ha il peso di tale rendita?

Ammettendo la seconda opinione converrebbe dire che la rendita da continuarsi all' altro conjuge, per la parte, ch' egli ha nella comunione, essendo una nuova rendita che il conjuge il quale ha redento co' denari della comunione il canone di cui era gravato il suo fondo, ha costituita a favore della comunione, e di cui si è costituito debitor personale; tutt' i suoi eredi, che succedono a' suoi obblighi personali, ne dovrebbero essere obbligati, cadauno per la quota che ha ereditata. Nulladimeno lo Statuto decide, *art.* 245, *che il solo detentore del fondo soggetto alla rendita* è obbligato a continuarla; lo che, secondo ciò che abbiamo osservato, sembra favorire la prima opinione.

624. La prestazione della rendita, che deve continuarsi alla comunione da uno de' conjugi, che l'ha redenta co' denari della comunione, impedisce

ella forse, secondo la prima opinione, l' estinzione delle ipoteche, che avevano su questa rendita i creditori di quello cui la rendita apparteneva, ed a favore del quale il conjuge l' ha redenta? La ragione di dubitarne si è, che, secondo questa prima opinione, la rendita, che continua a profitto della comunione, si reputa essere precisamente la stessa che quella redenta co' denari della comunione, e non aver essa fatto altro che cambiare di creditore mediante la redenzione, come se quegli a cui apparteneva ne avesse fatto una cessione. Ma se ella è la stessa rendita che sussiste, se la redenzione non l'ha estinta, egualmente non sonosi estinte le ipoteche che vi erano annesse. Nondimeno fa d' uopo decidere, anche adottando la prima opinione, che le ipoteche sono state estinte in forza della redenzione. La ragione è, che soltanto per finzione la rendita, chesi continua a profitto della comunione, viene riputata esser quella stessa, che venne redenta co' danari della comunione. In verità la rendita che è stata redenta co' denari della comunione è stata estinta mediante la redenzione. Il conjuge, che l' ha liberata, ed il creditore da cui fu redenta, avendo avuto entrambi intenzione di estinguerla, l' estinzione di essa ha cagionato quella delle ipoteche che vi erano annesse. Se per una finzione introdotta a favore dell' altro conjuge questa rendita ha sempre continuato, e si riguardò come ognora sussistente, è solo a di lui riguardo che devesi considerarla in tal modo; non dovendo le finzioni avere effetto che rispetto alle persone in favore delle quali sono state introdotte. Questa finzione dunque non deve avere alcun effetto riguardo a' creditori ipotecarj, non essendo stata a loro favore introdotta; ed essa non deve impedire l' estinzione delle loro ipoteche, estinzione prodotta dalla redenzione della rendita.

625. Tutto ciò che si è detto sino ora sopra la prima opinione e sopra tutte le conseguenze che se ne sono dedotte, essendo appoggiato alla lettera del testo degli articoli 244 e 245 dello Statuto di Parigi, è applicabile solamente a detto Statuto. Riguardo agli altri, la seconda opinione non soffre difficoltà. Allorquando uno dei conjugi ha co' denari della comunione redenta una rendita ch' ei solo doveva, quella che in di lei vece ei deve continuare all' altro conjuge, per la parte che questi ha nella comunione, si riguarda come una nuova rendita da lui costituita verso la comunione per lo prezzo che egli n' ha tratto per redimerla. Lebrun ne conviene al luogo sopra citato.

626. Allorchè la rendita dovuta da uno de' conjugi, che è stata redenta co' denari della comunione, era una rendita vitalizia, se la persona, sulla cui testa era stata creata, è morta durante la comunione, egli è evidente non esser dovuto in questo caso alcun compenso alla comunione, dal conjuge che ne era debitore; poichè essendo obbligata la comunione a soddisfare per lo tempo di sua durata le annualità delle rendite, tanto vitalizie che perpetue, dovute da ciascuno dei conjugi; e nella specie la persona sulla cui testa la rendita vitalizia era creata essendo morta durante la comunione, la sola comunione è quella che ha profittato della redenzione avvenuta di questa rendita, giacchè a lei peso sarebbero state tutte le annate, che sarebbero decorse di questa rendita sino alla sua estinzione, se ella non fosse stata redenta.

Se lo scioglimento della comunione sia seguito vivente la persona sulla cui testa la rendita è costituita, il conjuge, che ne era debitore, profitta in questo caso a spese della comunione della redenzione istessa fatta col denaro comune, per la liberazione di questa rendita, che sarebbe stato obbligato di pagare dal giorno dello scioglimento della comunione sino alla morte di questa persona, se la rendita non fosse stata redenta. Egli deve dunque un compenso alla comunione, e questo deve consistere nella continuazione di questa rendita verso dell' altro conjuge, per la parta, che esso ha ne' beni della comunione, durante il tempo che sarebbe durata questa rendita qualora non fosse stata redenta, cioè durante la vita della persona in testa della quale era stabilita; purchè il conjuge, che n' era debitore, non

amasse meglio rimborsare all'altro conjuge, per la parte ch'egli ha nella comunione, la somma presa dalla comunione medesima per la redenzione, dedotto ciò di che la comunione stessa ha profittato sulla redenzione: vale a dire di quanto le annualità della rendita vitalizia avessero ecceduto gl' interessi della somma per la quale è stata redenta, durante il tempo decorso dalla redenzione, sino allo scioglimento della comunione.

ARTICOLO III.

De' compensi dovuti alla comunione per le somme, che ne sono estratte pe' fondi proprj di uno de' conjugi.

627. Ogni conjuge deve compensare alla comunione ciò, che ne ha tratto per servigio de' proprj fondi.

1. Allorchè uno de' conjugi, durante la comunione, a spese di essa è divenuto proprietario di un fondo, che gli è proprio, deve compensare alla comunione tutto ciò di cui si è servito per divenirne padrone.

Primo esempio. Allorchè uno dei conjugi ha esercitato, durante la comunione, il retratto di famiglia per un fondo, questo diviene suo proprio, come lo abbiamo veduto n. 166; questo conjuge deve dunque un compenso alla comunione per la somma, che ne ha presa per esercitare il retratto; lo che comprende quanto ha egli pagato co' danari della comunione allo acquirente sul quale ha esercitato il retratto pel rimborso del prezzo dello acquisto, delle spese legali, ec.

Secondo esempio. Se il padre di uno de' conjugi, il quale in occasione del suo matrimonio avea promessa in dote una certa somma, gli ha dato in vece un fondo da godersi durante la comunione, questo fondo è suo proprio; ma siccome egli ne diviene proprietario a spese della comunione nella quale era entrato il credito della somma promessa in dote, egli deve alla comunione il compenso della somma promessa

Sarebbe altrimenti se il padre avesse promesso in dote alternativamente a somma o il fondo, sia che se ne fosse riservata a scelta, sia che l' avesse lasciata al conjuge. La scelta essendo caduta sul fondo durante la comunione, questo fondo è proprio, senza che il conjuge debba per ciò alcun compenso alla comunione: poichè la qualità del credito della dote era in sospeso, e dipendeva dalla scelta, che fosse fatta; la scelta essendo caduta sul fondo, il credito della dote è riputato essere stato sempre immobiliare, secondo i principj stabiliti nel nostro *Trattato delle Obbligazioni*, n. 254, e per conseguenza non avere giammai appartenuto alla comunione.

Terzo esempio. Si è dato durante la comunione ad uno de' conjugi un fondo col peso di dover pagare ad un terzo una certa somma. Se il donante era il padre, la madre, o altro ascendente in linea retta del conjuge; o, senza ciò, se la donazione è stata fatta espressamente perchè divenisse sua proprietà, il fondo rimane proprio di questo conjuge; ma deve il compenso alla comunione della somma, che ne ha presa per estinguerne il peso cui era soggetta la donazione.

Se la donazione fosse stata fatta col peso di dover corrispondere una rendita ad un terzo, il conjuge non dovrebbe alcun compenso alla comunione di tutte le annualità decorse finchè ha durato; poichè le annualità dovute da' conjugi sono a carico delle loro entrate, che le diminuiscono *ipso jure*, ed in conseguenza essi sono a peso della comunione a cui appartengono dette rendite.

Quarto esempio. Uno de' conjugi è divenuto, durante la comunione, proprietario di un fondo in virtù di un diritto, che egli aveva antecedentemente al suo matrimonio, *puta*, in virtù di un diritto di retratto convenzionale aperto a suo favore prima del suo matrimonio; questo fondo gli è proprio, ma egli deve un compenso alla comunione delle somme, che ne ha estratte per divenirne proprietario.

628. 2. Per la stessa ragione, allorchè uno de' conjugi, durante la comunione, rientra in possesso di un fondo, che egli o i suoi autori avevano alienato prima del matrimonio, egli deve alla comunione il compenso delle somme estrattene per riavere tale possesso; come pure allorchè egli è

rientrato in possesso di un fondo in virtù di un' azione di ricompra o di un' azione rescissoria, deve compensare la comunione delle somme, che ne ha prese per rimborsare coloro su i quali ha esercitato cotali azioni.

Parimenti, ha luogo il compenso nel seguente caso: pongasi che uno dei conjugi abbia venduto prima del suo matrimonio un podere senza riceverne il prezzo; maritatosi in seguito, egli ha contratto una comunione nella quale è entrato il suo credito pel valore di detto fondo, egualmente che il resto de' suoi beni mobili. In progresso durante la comunione egli è entrato in possesso di detto podere in forza di una convenzione fatta col compratore, al quale ha ceduto il prezzo dovutone; egli deve in tal caso un compenso alla comunione per lo prezzo da lui ceduto al compratore per rientrarne in possesso; altrimenti egli profitterebbe di questo fondo, che gli è proprio, a spese della comunione, a cui apparteneva il credito del prezzo, che ha ceduto per rientrare in possesso del fondo venduto.

629. 3. Allorchè per una divisione di beni immobili fatta in tempo della comunione da uno de' conjugi co' suoi coeredi, o coi comproprietarj di fondi, che egli aveva in comune con essi antecedentemente al suo matrimonio, la porzione toccata al detto conjuge è stata assoggettata ad un pareggiamento da lui soddisfatto co' denari della comunione, egli è obbligato a dare un compenso alla comunione per la somma estrattane per pagare questo pareggiamento.

Per la stessa ragione, se invece di dividere gl' immobili co' predetti coeredi o comproprietarj, egli se ne è reso aggiudicatario mediante licitazione, i fondi per tal mezzo acquistati divenendogli proprj nel loro totale, come abbiamo veduto n. 145, egli deve un compenso alla comunione per le somme, che ne ha cavate per pagare ai suoi *collicitanti* le loro porzioni nel prezzo della licitazione.

630. Similmente se uno de' conjugi, in tempo della divisione dell' eredità de' suoi genitori, eseguita dopo il suo matrimonio, avesse fatta una collazione effettiva di una certa somma di denaro statagli data prima del suo matrimonio, e non avesse avuto nella divisione per di lui quota, che beni immobili, egli deve alla comunione un compenso di quella somma, che ne ha presa per fare una tal collazione. Se poi gli fossero toccati in sorte per sua porzione de' soli mobili, egli non dovrebbe verun compenso alla comunione della somma estrattane; senonchè dedotto prima il valore di detti beni entrati nella comunione medesima.

Se la somma, di cui il conjuge ha fatta la collazione, gli fosse stata donata durante la comunione, non avendo in questo caso potuto farla entrare in comunione, se non col peso stesso della collazione sotto il quale l'avea ricevuta, la comunione in tal caso è obbligata alla collazione, e non si fa luogo ad alcun compenso.

631. Se uno de' conjugi, in conseguenza della divisione da lui fatta durante la comunione col suo coerede de' beni di una eredità composta di mobili e stabili, ebbe per sua porzione più stabili in proporzione, che mobili, deve egli un compenso alla comunione di quel meno, che ha ricevuto in mobili per quel più, che ha avuto di stabili? Per esempio, se la massa degli stabili fosse di venti mila lire, e quella de' mobili di dieci mila, e che il conjuge abbia avuto per sua porzione in questa eredità dodici mila lire in beni immobili, e tre mila solamente in mobili, dovrà egli alla comunione il compenso della somma di due mila lire? Dirassi per l' affermativa, che la quota del conjuge nella massa immobiliare non ammontando, prima della divisione, che a dieci mila lire, e la sua parte nel mobiliare ascendendo a cinque mila, questo conjuge viene a profittare, colla divisione, di due mila lire in beni immobili a danno della sua parte ne' mobili, nella quale egli ha una somma di due mila lire di meno, e per conseguenza a danno della comunione in cui doveva entrare la sua quota nel mobiliare. Nulladimeno bisogna decidere non essere dovuto in questo caso alcun compenso alla comunione.

La ragione è, che un conjuge non deve altro compenso alla comunione,

se non se per quello, che ne ha preso a particolare suo benefizio. Ora in questo caso non si può credere che egli abbia preso cosa alcuna, poichè le divisioni avendo, secondo la nostra pratica, un effetto retroattivo e dichiarativo, si reputa non essere il conjuge succeduto in altro al defunto, fuorchè in quelle cose, che caddero precisamente nella sua quota, alle quali si reputa, che la divisione abbia determinata nella successione la sua parte, che antecedentemente era indeterminata; egli dunque non ha fatto entrare in comunione, che le tre mila lire di mobili toccatigli in sorte per di lui quota. La comunione si reputa non averne mai avuto di più: egli non ha perciò verun immobile, che sia a spese della comunione, e quindi non le deve verun compenso.

632. 4.° Ciò che uno de' conjugi ha preso dai beni della comunione per conservarsi un fondo proprio, essendo dato per ragione di questo fondo, egli deve egualmente compensarne la comunione. Si può recare ad esempio il caso, che uno de' conjugi abbia comprato un podere prima del suo matrimonio, per lo quale il venditore aveva contro di lui un' azione rescissoria per causa di lesione. Se questo conjuge, durante la comunione, ha pagato co' denari della medesima al venditore una qualche somma per supplemento del giusto prezzo, il conjuge, avendo estratto dalla sua comunione una tal somma per conservarsi il possesso di un fondo proprio, deve ricompensarne la comunione.

Si può recare per secondo esempio il caso in cui uno de' conjugi chiamato in giudizio, durante la comunione, da un creditore, che aveva un' ipoteca sul fondo proprio di detto conjuge, avesse estinta co' denari della comunione detta ipoteca, per non rilasciare il detto fondo.

Finalmente si può produrre per terzo esempio il caso nel quale uno dei conjugi durante la comunione, mediante una transazione sopra un' azione di qualsivoglia specie promossa contro di lui, onde fargli rilasciare un fondo suo proprio, avesse pagato co' denari della comunione una somma all' attore per farlo desistere dalla sua domanda: il conjuge avendo estratta questa somma dalla comunione, per causa del suo fondo proprio, e per conservarselo, ne deve per conseguenza un compenso alla comunione.

633. 5.° Un conjuge viene anche riputato avere estratto dalla comunione pel suo fondo proprio, ciò che realmente ne ha cavato per le spese, che vi ha fatte e per redimerne i pesi; lo che formerà la materia dell' articolo seguente

ARTICOLO IV.

De' compensi dovuti alla comunione per causa di spese e miglioramenti fatti su i fondi proprj di ciascun conjuge.

634. Non si tratta qui di spese di semplice manutenzione; la manutenzione dei fondi proprj di cadauno de' conjugi, essendo uno de' pesi della comunione, come abbiamo veduto, *supra*, n. 271 e seguenti, ne viene in conseguenza che le spese fatte pei detti fondi, durante la comunione, non possono dar luogo a verun compenso.

Nel succitato luogo abbiamo dato delle regole per distinguere quali sieno le spese di semplice manutenzione, e che per conseguenza sono a peso della comunione; e quali spese non sieno di questo genere. Ivi però rimettiamo il lettore.

Ora trattiamo precisamente di quelle spese, che non riguardano la manutenzione, e che durante la comunione sono state fatte co' denari comuni in servigio del fondo proprio di uno de' conjugi. Queste danno luogo ad un compenso dovuto alla comunione dal conjuge proprietario del fondo per cui furono fatte.

Questo compenso è fondato sulla massima già da noi stabilita; cioè che un conjuge non può, durante il matrimonio, avvantaggiare se stesso, nè l' altro conjuge a spese della comunione.

635. Per rapporto a questo compenso convien distinguere tre sorte di spese: le necessarie, le utili, e quelle che sono di mero piacere.

Le spese necessarie son quelle da

cui niuno può dispensarsi: *necessarie (impensae) dicuntur quae habent in se necessitatem impendendi*; *l.* 1, § 1, ff. *de imp. in res dot.* Tali sono, la rifazione di un grosso muro della casa propria di uno de' conjugi o l' intera costruzione del tetto, che per vetustà minacciasse rovina, ec.

Il conjuge proprietario del fondo per cui la spesa necessaria è stata fatta, deve sempre compensare la comunione della somma, che le è costata, quand' anche la cosa per cui fu d' uopo incontrare la spesa più non sussistesse perchè incendiata dal fulmine o distrutta da cotal altro accidente. Conciossiachè la spesa essendo riputata necessaria ed indispensabile, s' ella non fosse stata fatta co' denari della comunione, il conjuge proprietario del fondo sarebbe stato obbligato a farla co' suoi proprj denari o con quelli presi a prestito da un terzo; e perciò, sebbene la spesa fatta non sussista più, egli profitta sempre della somma presa dalla comunione, perocchè gli ha risparmiato di trarre una eguale somma dal suo proprio fondo o di prenderla a prestito da un terzo: *hactenus locupletior est, quatenus propriae pecuniae pepercit.*

La somma dovuta per questa sorta di compensi può esser provata dalle ricevute de' mercatanti ed operai, quando esse si trovino tra le carte della comunione, o da un giornale su cui vengono registrate le spese. In mancanza di tali documenti conviene ricorrere alla stima de' parenti, i quali debbono giudicare in tal caso quanto abbia potuto costare alla comunione questa sorta di spese.

636. Le spese utili sono quelle, che potevansi tralasciare, ma che essendosi fatte, aumentano il valore del fondo su cui sonosi fatte.

Passa però un gran divario tra il compenso dovuto per queste spese, allorchè esse sono state fatte pel fondo proprio di uno de' conjugi durante la comunione co' denari della medesima, e quello che devesi per le spese necessarie. Il compenso di queste deve pareggiarsi, come abbiamo osservato, a quanto n' è per esse costato alla comunione, sia che la cosa per cui furono fatte sussista, sia che ella abbia cessato di esistere. Al contrario, il compenso per le spese utili non è dovuto che precisamente sino a quel di più di valore, che al tempo dello scioglimento della comunione trovasi avere acquistato il fondo proprio di uno de' conjugi, secondo la stima che deve farsene dai periti. La ragione di questa differenza è sensibile: il conjuge sul cui fondo è stata fatta la spesa necessaria profitta in qualunque caso di quel tanto, che ha estratto dal fondo della comunione; imperocchè, come abbiamo osservato, facendolo col fondo comune venne a risparmiar d' altrettanto il suo proprio fondo, dal quale sarebbe stato obbligato di estrarre la stessa somma per far queste spese, ove non le avesse fatte col fondo della comunione, giacchè era indispensabile il farle. Non si può dire però lo stesso rapporto alle spese utili. Potendo dispensarsene, non può dirsi che il conjuge sul cui fondo esse sono state fatte co' denari della comunione abbia risparmiato di altrettanto il suo fondo proprio, poichè se egli non avesse trovato nei fondi della comunione il denaro di cui si è servito per farle avrebbe potuto non farle e non diminuire di altrettanto il suo proprio fondo. Non può dunque supporsi all' epoca dello scioglimento della comunione, che tal conjuge siasene approfittato che fino alla concorrenza di quanto il suo fondo trovasi in quel momento accresciuto di prezzo; e per conseguenza soltanto sino a tale aumento di valore ei deve compensare la comunione pel denaro, che ne ha estratto per far detta spesa. Riguardo alla spesa, che ha costato più alla comunione di quella che siasi aumentato il valore del fondo, questa è una perdita della comunione, nè le si deve perciò verun compenso.

La ragione si è, che il marito essendo padrone assoluto de' beni della comunione può impiegare i denari comuni in quello, che più gli aggrada, purchè nè egli nè la di lui moglie ne traggan profitto. Egli dunque ha potuto impiegare i denari della comunione in ispese, che gli è piaciuto di fare sul fondo proprio senza dovere alcun conto, eccettochè in ciò che ne

ha approfittato, ed il solo profitto, che ne ha ritratto, consiste nell' essersi il di lui fondo aumentato di prezzo.

Similmente, allorchè le spese sono state fatte a benefizio del fondo appartenente a sua moglie ella non deve altro compenso, che quello che pareggi il profitto da lei ritratto, e questo consiste in quel maggior prezzo a cui può essere salito il di lei fondo.

637. Le spese voluttuose sono quelle, che tendono a procurare soltanto qualche piacere, senza aumentare il valore del fondo per cui sono fatte. Tali sono quelle che si fanno per fare dei boschetti, dei giuochi d' acqua, per dipingere un soffitto, una volta, per fare de' cammini alla moda, intarsiature, impiallacciature, cristalli, bussole ec. ec.

Osservate che le spese fatte per tali oggetti possono considerarsi in differenti maniere, secondo i diversi luoghi ove esse sono fatte. Per esempio, quegli stessi ornamenti, che si fanno negli appartamenti di una casa di campagna, e che vi si considerano come spese puramente voluttuose, perchè non aumentano nè l' entrata nè il valore delle terre, fatte al contrario in una casa di Parigi o di qualche altra gran città, sono considerate come spese utili poichè aumentano la rendita della casa, della quale a cagione di questi abbellimenti ricavasi un fitto maggiore.

Per la stessa ragione, che abbiamo disopra deciso, non doversi altro compenso per le spese utili, che quello che pareggia l' ammontare del maggior prezzo acquistato dal fondo pel quale sono state fatte dette spese, hassi pure a decidere non essere dovuto verun compenso per le spese puramente voluttuose fatte durante la comunione co' denari di essa sopra il fondo di uno de' conjugi; avvegnachè il fondo non avendo acquistato maggiore pregio, non trovasi che il conjuge abbia lucrato a spese della comunione. Ma tal conjuge non può ricusare il permesso di asportare le cose in cui consistono queste spese, e che levare si possono senza deterioramento, per venderle a profitto della comunione, ove non amasse meglio ritenerle tenendo conto alla comunione del prezzo che esse valgono, altrimenti egli lucrerebbe a spese della comunione sul prezzo, che ne potrebbe ricavare vendendole.

638. Allorquando una servitù prediale, di cui era gravato il fondo proprio di uno de' conjugi, è stata redenta co' denari della comunione, questa redenzione procura a spese della comunione un vantaggio al conjuge proprietario del fondo, il quale fondo divenendo più pregevole per la liberazione di un tale peso il conjuge deve in conseguenza un compenso alla comunione della somma, che ne ha estratta per la redenzione da tale servitù.

Se la servitù cadendo sul fondo della moglie questa non avesse acconsentito a tale riscatto, ella o i suoi eredi possono in tempo dello scioglimento della comunione dispensarsi dal compenso offrendo di soffrire la servitù, salvo al marito il regresso contro il vicino, ove però vi sia luogo. Dico se vi è luogo, perchè il vicino può talvolta ricusare di restituire la somma da lui ricevuta per la redenzione del suo diritto di servitù, *puta* s' egli avesse impiegata questa somma in alcune spese fatte per poter privarsi di tale servitù. Supponiamo, per esempio, che la casa di mia moglie fosse per convenzione soggetta alla servitù di tollerare che gli abitanti della casa vicina venissero ad attigner acqua al pozzo della sua, se io ho liberata questa servitù mediante la somma di trecento lire senza partecipazione di mia moglie, e che allo scioglimento della comunione mia moglie non volesse compensare alla comunione questa somma, offrendo di tollerare la servitù, il proprietario della casa vicina, il quale ha ricevuto la somma di trecento lire per redenzione del diritto di servitù che egli aveva, può ricusare di restituirle, se egli abbia impiegata tale somma per fare un pozzo nella di lui casa, che gli rende inutile il diritto di servitù, che aveva sulla casa di mia moglie.

639. Allorquando la servitù di cui è gravato il fondo di uno dei conjugi, servitù già redenta co' denari della comunione, era una servitù personale, *puta* un diritto di usufrutto; per decidere se vi è luogo a compenso, io

credo doversi distinguere, se il terzo che aveva questo diritto di usufrutto, di già liberato co' denari della comunione, sia morto prima dello scioglimento di essa, ovvero se le sia sopravvissuto. Se egli è morto prima non vi è luogo a compenso, poichè la sola comunione è quella che ha profittato della liberazione di tale usufrutto, avendo ella percepite le entrate del fondo per tutto il tempo della durata dell'usufrutto, ed avrebbe continuato a percepirle, ove detto usufrutto non fosse stato redento. Se al contrario il terzo a cui apparteneva il diritto di usufrutto ha sopravvissuto allo scioglimento della comunione, il conjuge proprietario del fondo profitta in virtù della redenzione, che è stata fatta co' denari della comunione, dell' usufrutto di cui era gravato il suo fondo, giacchè egli entra immantinente nel godimento di questo fondo quando che non vi sarebbe entrato, se non se alla morte dell' usufruttuario, se l' usufrutto non fosse stato redento. Egli dunque per tale redenzione a lui profittevole deve un compenso alla comunione.

Ma in che deve consistere questo compenso? Dovendo questo essere regolato su ciò che ha costato alla comunione, in modo però che non ecceda il profitto, che il conjuge ne ha ritratto, io credo che il conjuge debitore di siffatto compenso debba avere la scelta di queste due cose; o di restituire alla comunione la somma, che ne ha cavata per fare tal redenzione, dedotto però ciò che la comunione ha ricevuto col godimento del fondo al di là degl' interessi di questa somma, per tutto quel tempo che la comunione ha durato dal predetto riscatto fino al di lei scioglimento; ovvero di cedere all' altro conjuge per la parte, che ha nella comunione, il godimento del fondo, onde invece di questo godere di detta parte, durante la vita di colui al quale apparteneva l'usufrutto, che è stato redento.

Per esempio, in questa ipotesi, il fondo proprio di uno de' conjugi era gravato di un diritto di usufrutto che vi aveva Maria; questo usufrutto è stato redento l' anno 1750, durante la comunione, per la somma di 12,000 lire pagate a Maria co' denari della comunione. Lo scioglimento della comunione è avvenuto nel 1760: la comunione dal predetto riscatto fino al di lei scioglimento ha percepite per dieci anni le rendite di questo fondo ch'erano di mille lire annue, dedotti tutti i pesi e rischi; rendita che eccedeva per conseguenza di lire 400 all'anno, l'interesse delle lire 12,000 somministrate dalla comunione pel sopradetto riscatto, lo che in un decennio viene a formare la somma di lire 4,000; le quali dovendosi dedurre dalle suddette lire 12,000, resteranno quindi 8,000 lire da compensarsi alla comunione del conjuge proprietario del fondo, ove questi non ami meglio abbandonare il profitto, che ritrae dal riscatto dell' usufrutto, cedendo all' altro conjuge, per la parte, che egli ha nella comunione, il godimento del di lui fondo durante la vita di Maria.

640. Un altro esempio di aumentato valore sul fondo proprio di uno dei conjugi a spese della comunione ci somministra il caso in cui uno dei conjugi, che avendo, all' epoca del suo matrimonio, un fondo nel quale comprendevansi de' boschi cedui, gli avesse lasciati crescere durante la comunione in alto fusto. Quest' alto fusto è un aumento che si è fatto sul fondo di detto conjuge a spese della comunione, la quale è stata privata dei tagli, che si sarebbero fatti in detti boschi durante la comunione medesima, se non si fossero lasciati crescere in fusti. Il conjuge dunque deve un compenso alla comunione delle somme, che ella avrebbe ricavate dai detti tagli ov' essi fossero stati fatti.

ARTICOLO V.

Del compenso dovuto per le doti delle figlie dei conjugi dotate co' beni della comunione.

641. Quando un uomo ha, durante la comunione e co' beni di essa, dotato un figlio, che aveva avuto da un precedente matrimonio, è indubitabile che deve un compenso alla comunione per l' ammontar di questa dote, poi-

chè non può a spese della comunione avvantaggiare se stesso nè i suoi, come abbiam veduto *supra*.

Egualmente allorchè la moglie con autorizzazione di suo marito, ha dotato co' beni della comunione un figlio, che aveva da precedente matrimonio, essa ne deve il compenso alla comunione tanto se ella accetta la comunione quanto se vi rinuncia.

642. Quand' anche dal contratto di matrimonio di questo figlio constasse essere stato dotato unitamente dal di lui patrigno e da sua madre, tuttavia la moglie non sarebbe meno obbligata, in forza degli Statuti che vietano a' conjugi di avvantaggiarsi, a compensare la comunione di tutto l' ammontar della dote. Conciossiachè, tranne lo Statuto di Parigi che, nell' *art.* 283, giusta la comune interpretazione, permette ad uno de' conjugi, che non ha figli, di donare a' figli che l' altro conjuge ha avuti da un precedente matrimonio, secondo tutti gli altri Statuti che proibiscono a' conjugi di avvantaggiarsi, la pratica ha esteso il divieto anche ai figli che essi hanno avuti da precedenti matrimonj. Per la qual cosa, secondo tali Statuti, quantunque nel contratto di matrimonio si dica che la donazione sia fatta dal patrigno e dalla moglie, il patrigno essendo inabilitato a dar nulla al figlio di sua moglie durante il matrimonio, si reputa essere data la dote dalla moglie soltanto, la quale per conseguenza deve un compenso alla comunione pel totale di detta dote. I termini ne' quali è detto che il patrigno dona, debbono interpretarsi in questo senso, che egli approva la donazione che fa sua moglie, e che l' autorizza a farla.

643. Se il solo patrigno avesse parlato nella donazione sarebbe, secondo i detti Statuti, una donazione nulla, ed egli potrebbe ripetere le cose donate contro il figlio cui fossero state date; ma non può pretendere da sua moglie verun compenso, per causa di questa dote che ha data senza il di lei consentimento, imperciocchè essa non può essere obbligata a dotar suo malgrado.

644. Passiamo ora al caso in cui il dotato sia un figlio comune. Prima di decidere in qual caso si debba un compenso per tal dote, egli è conveniente di stabilire alcune massime.

Prima massima. Le doti de' figli comuni sono nel nostro diritto un debito naturale di amendue i conjugi. Questo principio è riconosciuto ed ammesso da tutti gli autori.

In ciò il nostro diritto diversifica dal diritto romano il quale addossava tal carico al solo padre: *Omnino paternum est officium dotem, vel, ante nuptias, donationem pro sua dare progenie; l. fin.* Cod. *de dot. promisse.*

Il motivo della differenza tra il diritto romano ed il nostro su tale proposito, mi sembra derivare dal motivo che il peso di dotare i figli è un peso annesso al diritto di patria podestà. Nel diritto romano il diritto di patria podestà apparteneva al padre soltanto; la madre non vi partecipava in alcun modo, nè poteva usarne verso i suoi figli, neppure dopo la morte di suo marito. I di lei figli non erano tampoco suoi eredi, e ciò fino al tempo di Marco Aurelio in cui furono chiamati a succederle in virtù del senatusconsulto Orficiano. La patria podestà essendo un diritto del solo padre, ne venia di conseguenza che l' obbligo di dotare i figli fosse un peso inerente a lui solo.

Al contrario nel diritto francese, la patria podestà è un diritto comune al padre ed alla madre, quantunque il padre nella sua qualità di capo ne abbia principalmente l' esercizio durante il matrimonio. Il peso dunque di dotare i figli essendo annesso a questo diritto, deve similmente essere comune al padre ed alla madre.

645. *Seconda massima.* Quantunque l' obbligo di dotare i figli sia un debito naturale dell' uno e l' altro conjuge, e che in questo senso un tale debito debba chiamarsi debito comune, nulladimeno esso non è un debito della comunione, ma piuttosto un debito proprio di cadauno de' conjugi per la porzione che vi deve contribuire.

Gli alimenti e l' educazione de' figli comuni, sono bensì a carico della comunione, perchè debbon pagarsi dalle rendite de' beni de' conjugi di cui è composta la comunione: non è

però lo stesso riguardo alla doti per le quali i padri e le madri debbono non di rado prenderle dal rispettivo loro patrimonio. Questo è dunque piuttosto un debito proprio di caduno di essi, che un debito della comunione.

Se la dote de' figli comuni fosse un debito della comunione, ne seguirebbe che allorchè il padre il quale ha contrattato solo per la donazione di un figlio comune, ed abbia dato per questa dote un suo fondo proprio, dovrebbe avere un compenso sopra i beni in comunione, siccome quegli che ha del proprio pagato un debito della comunione, e per conseguenza la ha arricchita a sue spese, lo che dà luogo ad un compenso. Contuttociò niuno si è ancora immaginato di dire che in tal caso vi sia luogo al compenso; non è dunque vero che le doti de' figli comuni sieno un debito della comunione.

646. *Terza massima*. L' obbligo di dotare i figli comuni è un debito puramente naturale, per l' adempimento del quale la legge non dà alcuna azione a' figli contro il padre e la madre. Conciossiachè ognuno dei conjugi è libero di dotare, per la stessa ragione ognuno di essi non contribuisce alla dote che per quella porzione che più gli aggrada. In ciò il nostro diritto diversifica dal romano; perchè secondo le costituzioni di Severo ed Antonino, un padre poteva essere astretto dal magistrato a dotar le sue figlie; *l.* 19, *ff. de rit. nupt.*

Al contrario, la nostra legge presume che la natura inspiri ai padri e alle madri bastante affezione per la loro prole, e crede che qualora essi non dotino i loro figli sia perchè non abbiano il modo di farlo convenientemente. Essa reputa che sarebbe contro il rispetto dovuto da' figli a' proprj genitori se potessero convenirli in giudizio ed obbligarli a palesare il secreto de' loro affari per conoscere se abbiano o no i mezzi di dare una dote conveniente, o fare qualche assegno a causa di matrimonio.

Possono, è vero, trovarsi de' genitori che su tal particolare non rendano giustizia a' loro figli; ma questo è un caso raro e di minor male, cui fa d' uopo tollerare per evitarne un maggiore.

647. *Quarta massima*. La moglie, veramente, secondo l' anzidetta massima, non è obbligata a contribuire, qualora nol voglia, co' suoi proprj beni alla donazione de' figli comuni, ma il di lei marito può senza aver bisogno del suo consenso farvela contribuire per quella parte, che essa ha nei beni comuni, e che dà in dote ad un figlio comune.

Questa massima è una conseguenza del diritto, che ha il marito nella qualità di capo della comunione, di disporre senza il consenso della moglie de' beni comuni, tanto per la parte che la moglie ha ne' detti beni, quanto per la parte sua propria, a qualunque siasi titolo, anche di donazione fatta *inter vivos* a persone capaci, come abbiamo veduto *supra, n.* 471. Ora, un figlio comune è una persona capace, siccome lo abbiam provato n. 488. Dunque il marito può senza il consenso di sua moglie dare in dote ad un figlio comune de' beni della comunione tanto per la sua parte quanto per quella che vi ha sua moglie, e farla in tal guisa contribuire a questa dotazione senza che ella vi acconsenta. Se il marito può senza il consenso della moglie disporre de' beni della comunione tanto per la di lui parte che per quella della moglie, e farne donazione *inter vivos* ad un estraneo col quale sua moglie non ha interesse alcuno, a più forte ragione debbe essergli permesso il farlo per dare la dote ad un figlio comune, lo che è un debito naturale tanto suo che di sua moglie.

648. *Quinta massima*. Allorquando il marito ha dato in dote ad un figlio comune alcuni beni della comunione, quantunque sia egli solo concorso al contratto di dotazione, ove non risulti che la sua intenzione sia stata di dotare esso solo e soltanto colla sua porzione, lo si reputa avere fatta tale dotazione nella sola sua qualità di capo della comunione. Siccome presumesi ch' egli faccia in tal qualità tutti gli atti, co' quali dispone dei beni della comunione, in conseguenza si reputa averli dati in dote tanto per sè che per la di lui moglie, nel

modo che gli è permesso secondo la quarta massima. Per la qual cosa nè la moglie nè i di lei eredi possono pretendere alcun compenso nella divisione della comunione.

Questa massima contrasta con l' opinione di Lebrun, il quale nel suo *Trattato della Comunione* decide che il marito, che ha solo concorso alla dotazione di un figlio comune, deve compensare nella divisione della comunione il valore de' beni che ne ha estratti per la dotazione. Lebrun appoggia la sua opinione al principio che un conjuge deve alla comunione un compenso di ciò che ne ha estratto per estinguere i suoi proprj debiti; dal che conclude che la dote dei figli essendo un debito del marito che li ha dotati, deve perciò un compenso alla comunione per quanto ne ha preso per pagar questo debito.

Si risponde, che un conjuge deve compensare la comunione di ciò, che ha da essa cavato per estinguer un debito, ch' era solo di lui, ed al quale l' altro conjuge non è in alcun modo tenuto; ma la dote di un figlio comune, ch' egli ha fornita dalla comunione, è un debito, che non era meno suo, che di sua moglie, ed a cui egli avea diritto, secondo la nostra quarta massima, di farla contribuire per la parte, che essa aveva ne' beni dati in dote, senza che perciò avesse bisogno del di lei consenso, e senza che vi fosse bisogno, che ella concorresse al contratto di dotazione, avendo nella sua qualità di capo della comunione un titolo sufficiente per rappresentarla in tutti gli atti co' quali dispone dei beni della comunione. La moglie non può dunque pretendere verun compenso per questa dote.

649. Bisogna ora esporre i differenti casi ne' quali un figlio comune sia stato dotato durante il matrimonio.

Primo caso. Il padre e la madre hanno unitamente dotato un figlio comune, e gli hanno somministrato in beni della comunione una dote, senza dire per quale porzione ciascuna delle parti intenda contribuirvi: il padre e la madre in questo caso vengono reputati aver dato ognuno per la metà: e la moglie o i suoi eredi in caso di rinuncia alla comunione debbono un compenso alla comunione di quanto ne estrassero per quella metà di dote, che essa si contentò di contribuire, del quale compenso devesi far deduzione su quanto la moglie o i di lei eredi hanno a ricuperare dalla comunione medesima.

Così appunto venne deciso in varie sentenze riportate da Brodeau, *lett. R*, *cap.* 54, *n.* 11; come pure da quella del 7 dicembre 1679 inserita nel Giornale del foro ec.; e finalmente così c'insegnano Brodeau, Renusson e molti altri.

La ragione si è, che quantunque la dote non fosse, che un debito naturale della moglie, che ella però poteva dispensarsi dal riconoscere e soddisfare co' beni suoi proprj col non concorrere nel contratto di dotazione, pure essendo intervenuta in detto contratto, ed avendo dotato unitamente con suo marito, essa ha considerato e riconosciuto questa dote per la metà, che intendeva di contribuirvi come un debito cui era tenuta, e secondo la seconda massima, come suo debito proprio, per cui in conseguenza ella deve un compenso alla comunione, non altrimenti, che per qualunque altro debito suo proprio, che fosse stato pagato durante la comunione co' denari della medesima.

650. Nulladimeno, se nel contratto di dotazione vi fosse una clausola, nella quale fosse detto, che la madre non intende dotare, che sulla porzione de' beni comuni ad essa spettanti; e che nel caso in cui ella non avesse alcuna porzione in virtù della rinuncia, ch'essa o i suoi eredi facessero alla comunione, la dote dovesse essere riputata come costituita dal solo padre, la clausola sarebbe valida; poichè la madre potendo non dotare, poteva quindi apporre alla sua dotazione quelle condizioni, che più le piacevano.

Nel primo caso proposto, in cui il padre e la madre hanno dotato congiuntamente il figlio comune, ciascuno per la metà ne' beni, che ha in comunione, egli è evidente, che se la comunione è stata accettata si fa in questo caso la compensazione della somma, che ambedue le parti hanno estratta dalla comunione per questa dote.

Ciò non ostante se si fosse aggiun-

fa al contratto di dotazione la clausola, che la dote sarebbe prelevata intieramente sull' eredità del premorto, in questo caso si riputerebbe, che il predefunto avesse dotato solo, e pagato co' denari della comunione un suo debito proprio, che riguardava lui solo e in conseguenza nel dividersi la comunione l' intiera dote verrebbe prededotta sulla quota appartenente all' eredità del premorto.

651. Il secondo caso è quando il padre e la madre hanno congiuntamente dotato co' beni della comunione un loro figlio, ma per somme ineguali, ognuna delle parti deve compensare in tal caso la comunione della somma, che ne ha presa per pagare la porzione per la quale ha contribuito nel dotare il figlio. Perciò in caso di accettazione della comunione, le parte, che ha contribuito una porzione maggiore, e che per conseguenza ha preso dalla comunione una somma più considerabile, deve all' altra parte la metà di ciò, che ha preso dalla comunione più di quello, che l' altra parte ne ha estratto.

Così è stato deciso da una sentenza del 30 agosto 1677 riportata nel primo volume del Giornale del foro, riguardante il caso seguente. Un padre ed una madre avevano congiuntamente dotata una loro figlia per la somma di lire centomila presa dalla comunione, ed era detto nel contratto di dotazione, che su questa dote il padre ne dava novantaquattro mila e la madre sei mila soltanto. La sentenza decise, che la successione ereditaria del padre doveva alla vedova, che aveva accettata la comunione, la metà di ottantotto mila lire, che il padre avevane estratto più di lei per questa dote. Se invece la madre avesse data la somma di novantaquattro mila lire, essa avrebbe dovuto egualmente, nel caso, che avesse accettata la comunione, pagare alla successione del marito, che non avesse contribuito in dote, che sole lire sei mila, la metà di ciò, che essa avesse dato di più di lui, e rinunziando alla comunione dovrebbe dargli la somma di novantaquattro mila lire.

652. Il terzo caso è quando nel contratto di dotazione si dica, che il padre e la madre hanno assegnato in dote al loro figlio un tal fondo, ch' è proprio di uno di essi, *puta* del padre. In questo caso la moglie, che non ha somministrato nulla della sua parte per questa dote, deve al di lei marito un compenso per la metà del valore di detto fondo assegnato in dote.

La ragione si è, che la moglie dotando unitamente a suo marito ha riconosciuto ella stessa l' obbligo, che le correva di contribuire per la di lei parte a questa dote; e non avendo nulla somministrato, si reputa avere ella incombenzato suo marito di dare tanto per sè che per lei il fondo dato in dote. Essa è dunque obbligata, *actione mandati contraria*, di rimborsare a suo marito il valore della metà del fondo, che ha dato per lei.

Non importa in questo caso, che la moglie abbia accettata la comunione o che vi abbia rinunziato; poichè non è alla comunione, ma bensì al marito, che deve il valore della metà del fondo proprio di lui, che per essa ha dato in dote al figlio.

Se poi il fondo dall' uno e dall' altro congiuntamente assegnato in dote al figlio comune fosse proprio della madre, il padre dovrebbe un eguale compenso a sua moglie.

653. Il quarto caso è quando nel contratto di dote vien detto, che il padre e la madre assegnano in dote al figlio, cioè il padre la tale e tale cosa, e la madre la tale e tale altra. In questo caso si reputa, che ciascuna parte non abbia voluto contribuire in dote sennonchè quelle cose, che sono nominativamente annunciate. Perlochè sebbene le cose date da una parte sieno di un valore maggiore di quelle date dall' altra, la parte che ha dato di più non può pretendere alcun compenso da quella, che ha dato meno; perchè si reputa non avere questa voluto contribuire in dote senonchè le cose, che ha date; e, secondo la terza massima, non era obbligata a contribuire più di quello, che le è piaciuto di dare.

In questo quarto caso, allorchè fra le cose, che una delle parti ha dichiarato di dare per la porzione, che contribuisce in dote, vi sieno de' beni

della comunione, essa parte ne deve il compenso alla comunione medesima; perchè avendoli dati per sua porzione, gli ha estratti dalla comunione per conto suo particolare, e ne deve per consegnenza il compenso.

654. Il quinto caso è quando il padre e la madre hanno dato al loro figlio una dote, che fu da essi composta tanto di beni della comunione quanto di fondi, parte de' quali sieno proprj del padre e parte della madre, senza che nel contratto di dote si sieno distinti gli oggetti, che ciascuna delle parti assegnava, nè espresso per qual porzione ognuna di esse contribuiva alla dote; per esempio, allorchè nel contratto di dotazione è detto semplicemente, che il padre e la madre hanno dato in dote a' loro figli la somma di tanto in tali e tali cose, vi è luogo a credere, che in questo caso le parti non avendo espressa la porzione, per la quale ognuna di esse doveva contribuire alla dote, nè distinte le cose, che dava, si reputi ognuna di esse aver dotato per la metà, e che in conseguenza la parte, che ha somministrato meno di questa metà, sia debitrice di ciò, che manca all' altra parte, che ha somministrato di più. Per esempio, se il padre e la madre hanno assegnata congiuntamente al loro figlio una dote di 60,000 lire, consistente in 10,000 lire in contanti, un podere proprio del padre del valore di 30,000 lire, ed una possessione propria della madre del valore di 20.000, in tal caso la madre, dividendosi la comunione da lei già accettata, trovasi aver fornito per questa dote la sua possessione, ch'è di 20,000 lire e 5,000 lire per la metà, che le spettava nella somma di lire 10,000 in contante, che fanno in tutto lire 25,000; per conseguenza avendo somministrato 5,000 lire di meno della metà di questa dote, che è di 30,000, essa è debitrice di 5,000 lire verso la successione di suo marito, che ha somministrato lire 35,000.

Se la moglie avesse rinunziato alla comunione, non avrebbe somministrato, che la sua porzione di lire 20,000, poichè nulla avrebbe potuto assegnare sulle lire 10,000 prese dalla comunione, alla quale aveva già rinunciato; ed in questo caso avrebbe dato 10,000 lire meno della metà della dote, delle quali sarebbe debitrice verso l' eredità del marito.

655. Il sesto caso è, quando il padre e la madre si sono congiuntamente obbligati a pagare per dote del loro figlio una certa somma non per anco pagata.

In questo caso la moglie quantunque abbia rinunciato alla comunione resta debitrice di questa dote per quella parte a cui si è obbligata, senza che perciò ella possa pretendere alcun regresso contro la successione del di lei marito. Questo è appunto ciò, che venne deciso nelle sentenze riportate da Brodeau sopra Louet, *Lett. R. cap.* 34. Essa invano ricorrerebbe alla clausola, che trovasi in tutti i contratti di matrimonio, cioè, che la moglie in caso di rinuncia della comunione sarà esonerata dall' eredità del marito, da tutti i debiti pe' quali si fosse obbligata durante il matrimonio; poichè questa clausola non riguarda, che i debiti della comunione pe' quali la moglie si fosse obbligata; essa non comprende i debiti proprj della moglie. Ora, seguendo la seconda massima surriferita, il debito, a cui cadauno de' conjugi è tenuto per la dote de' loro figli, non è un debito di comunione, ma bensì un debito proprio di ciascuno dei detti conjugi, per la porzione cui si è obbligato.

656. Il settimo caso è quello nel quale il padre ha dotato solo ed ha somministrata la dote in beni della comunione. In questo caso sebbene il marito sia concorso solo nel contratto di dote, pure riputandosi, giusta la quinta massima su mentovata, ch' esso abbia nella sua qualità di capo della comunione dato in dote i beni della comunione, nè la di lui moglie nè gli eredi di essa possono pretendere alcun compenso quando verrà a dividersi la comunione. V. *supra*, n. 648.

Nulladimeno se dalle circostanze apparisse che il marito, ch' è solo concorso al contratto di dote, non avesse avuto intenzione di dotare come capo della comunione e di dare, tanto sulla porzione della moglie, che sulla sua, i beni comuni, che ha dati in dote; ma

che la sua intenzione al contrario fosse stata quella di dotare in proprio suo nome, e sulla di lui sola porzione, in questo caso l' ammontare de' beni da lui dati in dote deve essergli diffalcato nel tempo della divisione della comunione.

Questa intenzione del marito, di dare sulla di lui quota soltanto i beni comuni, che ha dati in dote, si manifesta chiaramente allorchè nel contratto di dote si dica ch' egli li dà come *anticipazione della sua eredità.*

Codesta intenzione appariva nel caso deciso dalla sentenza del 1679, riferita *supra*, n. 658, nel quale un padre, durante la sua comunione, aveva dato ad una figlia comune *la metà a lui spettante* di un fondo acquistato dalla sua comunione.

657. L' ottavo caso è quello, nel quale il padre è concorso solo nel contratto di dote ed ha promesso una somma di denaro, che non ha ancora pagata. In questo caso, a meno che non appaia da circostanze particolari che il padre abbia avuto intenzione di dotare a solo suo nome e per la sua porzione soltanto, si reputa avere egli promessa la dote nella sua qualità di capo della comunione; in conseguenza la moglie è debitrice, non in di lei proprio nome, non essendo concorsa al contratto di dote, ma bensì nella sua qualità di moglie in comunione, della metà di questa dote sino all' ammontare soltanto di ciò, ch' ella percepisce ne' beni della comunione.

658. Il nono caso è quello nel quale il padre è concorso solo nel contratto di dote, ed ha assegnato a questo titolo un fondo suo proprio.

È indubitabile che in tal caso egli ha dotato solo, e che la di lui moglie nulla contribuisce a beneficio di questa dote.

659. Il decimo caso è, quando la madre autorizzata da suo marito è concorsa sola nel contratto dotale ed ha promessa in dote una certa somma, o l' ha somministrata in beni della comunione, senza che il marito per di lui parte abbia nulla somministrato o promesso, non avendo egli avuta altra parte nel contratto di donazione, che quella di autorizzare sua moglie.

In questo caso non si può dire che il marito abbia dotato; giacchè il marito può bene, nella sua qualità di capo della comunione, senza il consenso della moglie, disporre della porzione di sua moglie ne' beni della comunione che dà in dote ad un figlio comune; ma la moglie *viceversa* non può disporre della porzione di suo marito, senza il consenso di esso. Egli è perciò che in questo caso non si può dire che il marito abbia contribuito qualche cosa in dote; la sola moglie ha dotato: in conseguenza ella sola è debitrice della dote; e quanto essa ha preso dalla comunione per questa dote, deve detrarsi sulla sua parte della comunione, ed in caso di rinuncia, supra i suoi beni proprj.

ARTICOLO VI.

De' compensi cui può il marito essere tenuto in ragione del di lui uffizio.

660. Il marito, che sia rivestito di uffizio che gli è proprio, deve compensare la comunione delle somme, che ne ha prese per pagare le tasse imposte sul predetto suo uffizio durante il matrimonio, allorchè queste tasse sono state imposte per accrescimento di stipendio, o per nuovi diritti ed emolumenti attribuiti all' uffizio; questo trovandosene aumentato, il marito profitta di queste tasse pagate a spese della comunione, e perciò ne deve ad essa un compenso.

Ove però fosse permesso, in virtù del decreto, che crea tali aumenti di stipendio, di separarli dall' uffizio medesimo, dovrebbe essere in facoltà del marito di scegliere o di ritenerli ricompensando la comunione, o di cederli ad essa pel prezzo, che ne ha pagato. Allorchè le tasse imposte durante il matrimonio sono tasse semplici senza alcuna attribuzione, il marito, non profittandone, non deve verun compenso alla comunione, che le ha pagate. Essa è una perdita sopravvenuta durante la comunione, la quale cade sopra la comunione medesima.

661. Allorchè il marito si è fatto ammettere, durante il matrimonio, ad un uffizio che gli era proprio, non

deve alcun compenso alla comunione di ciò che ne ha preso per le spese di provvista, e di accettazione, poichè non ne ha profittato, e queste spese divengono una pura perdita accidentale, non essendo l' impiego divenuto più profittevole dappoichè vi fu ammesso, di quello che fosse dapprima. D' altronde la comunione stessa ricava profitto da questa ammissione versando in essa le rendite dell' impiego; e la moglie partecipa altresì degli onori che vi sono annessi.

662. Non devesi alcun compenso alla comunione per la *paulette* (1) stata pagata, quantunque abbia procurato la conservazione dell' impiego; poichè la *paulette* essendo un carico annuale del godimento dell' uffizio, la comunione, che ne percepisce le entrate, deve soffrirne il peso.

ARTICOLO VII.

Del compenso per causa d' impiego acquistato durante la comunione, e ritenuto dal marito.

663. Allorchè un uomo durante la comunione acquista un impiego nel cui esercizio sia di già entrato, non lo si reputa prenderlo a proprio rischio, perchè quest' uffizio, quantunque da lui richiesto, è un acquisto della comunione, e quindi a rischio e pericolo della medesima. Ond' è che nel caso di soppressione o perdita dell' uffizio per morte del conjuge, che n' era investito, e che non ne pagò il diritto della *paulette*, questa vendita è a danno della comunione.

Benchè tale uffizio fosse un conacquisto, ciò nondimeno la pratica accordava a colui che ne era rivestito, in caso che sopravvivesse allo scioglimento della comunione, il diritto di ritenere, ove più gli piacesse, l' impiego di cui si trovava rivestito, coll' obbligo di compensare alla comunione il prezzo che per conseguirlo egli aveva sborsato. Questo diritto è fondato sull'indecenza che vi sarebbe nello spogliare un uffiziale del di lui impiego.

Tre questioni si presentano a questo proposito: 1. Quando l' uffiziale debba dichiarare se intende o no di conservare la carica, e qual sia l' effetto della mancanza di tale dichiarazione. 2. In che consista il compenso, che deve alla comunione, allorchè ritiene l' uffizio. 3. A riguardo di quale uffizio abbia luogo tale diritto.

§ 1. *Quando il marito debba fare questa dichiarazione; e dell' effetto tanto di questa dichiarazione, che della mancanza di essa.*

664. Finchè dura la comunione, il marito non è obbligato di dichiarare, se intende o no ritenere l' uffizio acquistato durante la comunione, e del quale egli sia rivestito; ma allorchè lo scioglimento della comunione ha aperto il diritto, che hanno gli eredi della moglie a' beni della comunione, il marito non deve tardare a fare siffatta dichiarazione, poichè il valore dell' uffizio soggiacendo spessissimo a delle variazioni, non sarebbe giusto che non facendo la sua dichiarazione, fosse padrone di profittare dell' aumento di prezzo, che dopo lo scioglimento della comunione potesse acquistare la carica da lui ritenuta, ed esonerarsi della perdita ogniqualvolta venisse a diminuire di prezzo aggravandone in questo caso la comunione.

Ma qual tempo dovrassi determinare al marito per fare una tale dichiarazione? Deve egli lasciarsi all'arbitrio del giudice? Io inclinerei ad adottare l' opinione del comentatore di Lebrun, il quale pensa che si debba accordare in tal caso quelle dilazioni che l' Ordinanza accorda alla vedova ed agli eredi per assumere la qualità conveniente, cioè tre mesi per attendere alla formazione dell' inventario, e compirlo, e quaranta giorni per deliberare, contando dal giorno in cui l' inventario è stato compito; e quando non è ancor terminato, dal giorno della scadenza de' tre mesi, ne' quali doveva essere ultimato.

Lo stesso autore insegna, che quando

(1) Diritto che gli uffiziali di toga, e di finanza, pagavano annualmente al re, acciò le loro carica passasse in caso di morte a' loro eredi.

anche dopo la morte della moglie si è continuata la comunione, il termine che ha il marito per far tale dichiarazione, non decorre sintanto che continua la comunione; ma che se i figli rinunciano alla continuazione, la comunione riputandosi in tal caso disciolta all' epoca della morte della moglie, il termine, che ha il marito per fare questa dichiarazione si suppone avere incominciato a decorrere dall' epoca stessa.

665 Allorchè il marito nel tempo accordatogli per far la sua scelta, ha dichiarato che intende di conservare la sua carica, l' effetto di questa dichiarazione è che lo si reputa averla acquistata per conto suo particolare, e non per la comunione; di modo che si ritiene che questo uffizio non sia mai stato un coacquisto di comunione: ma piuttosto un bene proprio del marito, il quale ha come preso a prestito dalla comunione i danari di cui si è servito per farne l' acquisto.

Al contrario, se nel termine accordato al marito per determinarsi ei dichiara che non intende di ritenere l' uffizio, l' effetto di tale dichiarazione è che il marito non può più in seguito chiedere di conservarlo, avendo con tale dichiarazione rinunziato al diritto, che aveva di ritenerlo. Laonde, in tal caso, l' uffizio deve essere compreso ne' beni della comunione, che debbonsi dividere, come un acquisto della comunione medesima; e deve essere valutato pel prezzo, che vale al presente, cioè al tempo in cui le parti fanno eseguire la stima dei beni da dividersi, per quindi procedere alla divisione.

666. Se il marito abbia lasciato spirare il termine, senza aver fatta la sua dichiarazione sulla scelta che intende fare, non è più ammissibile a farla: nè si richiede per ciò che precedentemente sia stato, mediante una qualche interpellazione giudiziaria, costituito in mora di farla.

Si è agitata la questione, se non avendola fatta il marito, si dovesse considerare l' impiego come un coacquisto senza che il marito potesse ulteriormente essere ammesso a chiedere di ritenerlo pel prezzo, che gli è costato; o se al contrario debba presumersi avere il marito preso l' uffizio a suo rischio, pel prezzo, che gli è costato, senza poter più in avvenire portarlo nella massa de' beni della comunione.

Per la prima opinione, si dice: l' impiego è per verità un acquisto della comunione, poichè egli è stato acquistato durante tal comunione. Il diritto, che il marito aveva di ritenerlo come proprio, compensando la comunione, era un diritto, che gli veniva accordato e del quale poteva fare o non fare uso. Esso non potrebbe essere riguardato come proprio del marito, se non se quando apparisse aver egli voluto usare del suo diritto, nel tempo accordatogli per usarne. Non sembra che egli ne abbia voluto usare allorchè non si è in alcun modo spiegato, e per conseguenza l' impiego deve essere in tal caso considerato per quello, che è in realtà, cioè come un coacquisto della comunione. Lebrun riferisce una sentenza, che ha deciso in conformità di questa opinione.

A sostegno del contrario parere si dice esser vero, che l' uffizio non può essere considerato come un bene proprio del marito, coll' obbligo del compenso, se non se quando può credersi che egli abbia voluto usare del diritto, che aveva di ritenerlo, ma che essendone rivestito, facilmente presumesi che egli abbia voluto ritenerlo pel motivo, soltanto, che non ha dichiarato il contrario. Così venne deciso con una sentenza del primo marzo 1627, riportata da Bardet, *tom.* I.

Nel caso di detta sentenza, il marito, durante la comunione, era stato provvisto di un impiego di commissario presso il *châtelet* di Parigi per una somma di due mila quattrocento lire. Nell' inventario fatto dopo la morte di sua moglie, aveva comprese le provviste di detto impiego, e le quietanze di finanza della detta somma di lire 2,400, senza dichiarare se intendeva o no ritenerlo, ed otto anni dopo l' aveva venduto per 16,000 lire. La sentenza decise, che si reputava averlo ritenuto per suo proprio conto, e che non era obbligato in conseguenza verso i suoi figli, che per la metà della somma di lire 2,400. Si citavano a favore del padre molte sentenze precedenti.

Avvi un' altra sentenza del 27 feb-

brajo 1655, che ha giudicato, a tenore della stessa massima, che il marito non avendo fatta alcuna dichiarazione se intendeva ritenere l'uffizio per suo conto, lo si reputava averlo ritenuto, ed in conseguenza essere obbligato a render conto della metà del prezzo, che gli era costato, quantunque in seguito fosse considerabilmente diminuito di prezzo.

Bourjon ne cita una più recente del 25 luglio 1703, che ha giudicato nello stesso modo.

§ 2. *In che consista il compenso.*

667. Il marito, che in tempo dello scioglimento della comunione ritiene l'uffizio per suo conto, deve alla comunione il compenso del prezzo, che gli è costato.

Quantunque dopo l'acquisto, che il marito ha fatto dell'impiego durante la comunione, il valore ne sia considerabilmente aumentato, e che quindi in tempo dello scioglimento della comunione venga stimato di un prezzo assai maggiore di quello per lo quale è stato acquistato, il marito nondimeno non deve alla comunione altro compenso, che della somma, che detto uffizio è costato. Ciò viene in conseguenza di quanto è stato detto di sopra, n. 665, che la dichiarazione del marito fatta dopo lo scioglimento della comunione, che egli intende di ritenere l'uffizio, ha un effetto retroattivo all'epoca dell'acquisto, che lo fa credere fatto per conto del solo marito anche per quello della comunione.

Nondimeno in ciò si scorge qualche apparenza d'ingiustizia, poichè l'impiego, dacchè fu acquistato sino alla dichiarazione, che fece il marito, dopo lo scioglimento della comunione, che intendeva ritenerlo, essendo stato sempre a rischio e pericolo della comunione nella quale il marito non avrebbe mancato di lasciarlo, se fosse considerabilmente decaduto di prezzo o fosse perito, pare che l'equità stessa richiegga, che la comunione, la quale avrebbe sofferta la perdita, profitti pur dell'aumento secondo la nota regola di giustizia: *ubi periculum ubi et lucrum*; *l.* 22, § 3, *Cod. de furt.* Per siffatte ragioni, Molineo all' *art.* 3 dello antico Statuto di Parigi decide contro il parere di Cartier, celebre giureconsulto de' suoi tempi, che il marito, il quale vuole ritener l'impiego, deve un compenso alla comunione, non solo del prezzo, che è costato, ma del prezzo, che vale in tempo dello scioglimento della comunione. Ma questo sentimento di Molineo non è stato seguito, e prevalse invece l'opinione di Cartier, cioè che il marito non doveva altro compenso, che quello del prezzo, che costava l'impiego. Un riguardo per gl'impiegati ha fatto dare al marito questa piccola prerogativa.

668. Il marito, che ritiene l'uffizio, non deve alcun compenso alla comunione delle somme, che ha prese per pagare le spese di provvista e di accettazione. Imperciocchè, secondo i principj in punto di compensi, il marito non deve compensare alla comunione, se non che ciò di cui ha profittato a spese della medesima. Le spese di provvista e di accettazione essendo una perdita del marito, egli non deve compensarne la comunione, la quale non avrebbe egualmente perdute tali spese se l'impiego fosse stato lasciato alla comunione. Deve bastare alla moglie di aver partecipato all'onore dell'uffizio, e che gli emolumenti del medesimo sieno entrati in comunione pel tempo, che essa ha durato. Questa è l'opinione di Lebrun, *l.* 1, *cap.* 5, *sez.* 2, *n.* 66. Vedi sopra, n. 667.

Relativamente alle tasse imposte sullo impiego e pagate co' denari della comunione,, bisogna distinguere: allorchè queste tasse sono tasse semplici, che non hanno prodotto all'impiego alcun aumento di stipendio o di diritto, il marito non deve verun compenso; ma se esse hanno procurato allo impiego qualche accrescimento di stipendio o di emolumenti, il marito ne deve un compenso. Lebrun, *n.* 67, *Vedi sopra*, n. 660.

§ 3. *Rapporto a quali impieghi abbia luogo un siffatto diritto.*

669. Questo diritto ha luogo rapporto ad impieghi venali acquistati du-

tante la comunione, di cui il marito si trova rivestito in tempo dello scioglimento della medesima; non solo rapporto ad impieghi di magistratura, ma anche rapporto ad uffizj inferiori come quelli di notajo, procuratore, usciere e commesso, e generalmente rapporto a tutti gli uffizj venali di giustizia, polizia e finanza.

670. Se il marito avesse acquistati più impieghi durante la comunione, e che di tutti si trovasse in possesso allo sciogliér di essa, egli potrebbe usare di un tal diritto o riguardo a tutti indistintamente o riguardo ad uno soltanto, dichiarando, che intende di ritenerlo, e lasciando gli altri alla comunione.

Nondimeno se detti impieghi fossero di tal natura, che il separarli ne diminuisse il valore, il marito non potrebbe ritenere uno e rimettere l' altro nella massa della comunione; sarebbe d' uopo o che li ritenesse ambidue o ambidue li rimettesse nella massa medesima.

671. Questo diritto essendo fondato sull' indecenza, che vi è di spogliare della sua carica un uffiziale, non deve aver luogo per rapporto ad un uffizio acquistato durante la comunione, ma nel quale il marito non siasi per anco fatto ricevere allorchè la comunione fu sciolta. Basterebbe egli forse al marito, onde poter usare di un tal diritto, che al tempo dello scioglimento della comunione, avesse egli di già avuto la nomina d'uffizio quantunque non vi fosse per anco stato ricevuto? Si può dire per la negativa, che il diritto di scelta è accordato agli *uffiziali*; che quegli il quale non è peranco stato ricevuto in uffizio, quantunque vi sia nominato, pure non è ancora *uffiziale*; poichè l' esercizio dell' uffizio è quello, che fa l' uffizio. Si può dire al contrario per l' affermativa, che le spese di provvisione essendo quelle, che sono le più considerabili, il marito, il quale si è digià fatto provvedere dell' uffizio, ha fatto il più per pervenirvi, e che è conveniente di estendere sino a lui questo diritto. La questione è molto arbitraria.

672. Questo favore, che la pratica ha accordato all' uffiziale, essendo fondato principalmente sulla durezza, che vi sarebbe nello spogliare un uomo del di lui stato, questo diritto non deve aver luogo per riguardo a quegli uffizj, che si tengono soltanto per goderne le rendite annesse, e che non costituiscono lo stato della persona, che ne è rivestita. Così venne deciso rapporto ad un uffizio d' ispettore sopra i vitelli, con sentenza del 7 luglio 1745, riportata da Denisart.

673. Per la stessa ragione, Lebrun, *l.* 1, *cap.* 5, *sez.* 2, *d.* 1, *n.* 58, ricusa questo diritto al marito per rapporto a tutti gli uffizi demaniali, come sono le cancellerie ed altri. La ragione, che ne assegna è, che questi uffizj sono meno degli altri annessi alla persona; avvegnachè tali impieghi sieno di sovente posseduti da femmine o da minori, che li fanno esercitare da un commesso, il quale gli ha in affitto, o gli esercita in qualità di subalterno.

Quest' autore, a riguardo di tali impieghi, accorda soltanto al marito, che n' è il titolare, il diritto di averlo in preferenza non per lo prezzo, che è costato, ma pel valore presente, allorchè gli eredi di sua moglie ne domandan la vendita.

Quando niuna delle parti ne domanda la vendita, esso deve restare in comunione, e gli emolumenti deggiono dividersi in comunione, dedotta una certa somma stabilita, che deve prelevarsi dal marito titolare, pel di lui esercizio.

674. In riguardo agli uffizj della casa reale ed altri simili a' quali non è annesso alcun diritto di finanza, tali uffizj, come abbiam visto di sopra, n. 91, essendo riguardati come semplici commissioni, che non fanno parte del patrimonio de' particolari, e che non si considerano per conseguenza come facienti parte de' beni della comunione, allorchè il marito ha acquistato durante la comunione un uffizio di questo genere, di cui si trovi rivestito allo sciogliér della comunione, egli lo ritiene senza essere obbligato di dare alcun compenso alla comunione pei danari, che ne ha estratto per acquistarlo. Conciossiachè questo uffizio non essendo una di quelle cose, che diconsi *in bonis*, e quindi non essendo

suscettibile di stima non si reputa che egli siasi arricchito, acquistandolo coi denari comuni, e per ciò non ne deve verun compenso. Questo è conforme all' editto del 1678.

Ma se il marito avesse, durante la comunione, ottenuto dal re un brevetto di retenzione (1) su quest' uffizio, un tale brevetto sarebbe un bene della comunione, ed in conseguenza gli eredi della moglie dovrebbero avere la loro parte della somma, che venisse sborsata dal successore all' uffizio predetto.

ARTICOLO VIII.

Del compenso dovuto alla comunione per la conversione fatta da uno dei conjugi del suo mobiliare in beni immobili, nel tempo intermedio tra il contratto di matrimonio e la sua celebrazione.

675. Allorchè le parti nel loro contratto di matrimonio convengono, che si farà comunione di beni a norma dello Statuto, si ritiene ch' elleno, non realizzando alcuna parte del loro mobiliare mediante una stipulazione, abbiano tacitamente convenuto, che tutto il mobiliare, di cui si trovasse allora in possesso, entrerebbe nella loro comunione. Se dunque una delle parti nel tempo intermedio tra il contratto e la celebrazione di matrimonio, converte una grande porzione de' suoi mobili in acquisti di beni immobili, i quali non possono entrare nella comunione, perchè acquistati prima del matrimonio, essa deve un compenso alla comunione per l' ammontar dei mobili, che ha convertiti in beni immobili, senza di che egli è evidente che contravverrebbe alla convenzione tacita di porre in comunione tutti i mobili, che allora possedeva.

SEZIONE III.

Dei crediti, che uno dei conjugi può avere, non contro la comunione, ma contro l' altro conjuge.

676. Si danno alcune volte de' crediti, che uno de' conjugi, allo scioglier della comunione, ha non contro la comunione medesima, ma bensì contro l' altro conjuge.

Per esempio, i capitali, che uno de' conjugi si è riservati come proprj o che sieno provenienti dall' alienazione di beni proprj, sono stati impiegati durante la comunione in estinguere un debito proprio dell' altro conjuge; quel conjuge, cui apparteneva questo danaro, è creditore non già verso la comunione, ma verso l' altro conjuge, della somma, che ha servito ad estinguere il debito proprio dello altro.

Quando la moglie ha impiegato questo denaro suo proprio nell' estinzione di un debito proprio del di lei marito, questo credito, che la moglie ha contro il marito, avendo per oggetto la restituzione di una somma che faceva parte della sua dote, ella ha ipoteca per questo credito dal giorno del suo contratto di matrimonio, o, non essendovene, dal giorno della celebrazione, sopra tutti i beni di suo marito, il quale ammogliandosi si reputa essersi obbligato alla restituzione della dote di sua moglie.

Al contrario allorchè è il marito colui, che ha impiegato il proprio denaro in estinguere il debito proprio della moglie, dal suo canto non ha alcuna ipoteca sopra i beni della moglie pel credito, che ha verso lei per la restituzione di tale somma: egli può soltanto aver quella, che aveva il creditore da lui pagato, qualora però nel pagarlo abbia avuta la precauzione di chiedere la surrogazione.

677. Allorquando uno de' conjugi antecedentemente al matrimonio era creditore verso dell' altro di una certa somma, e che questo debito sia stato escluso dalla comunione tanto per parte del conjuge creditore, mediante una clausola di realizzazione del suo mobiliare, quanto per parte del conjuge debitore, mediante una convenzione di separazione di debiti; il conjuge creditore continua ad avere questo credito fino allo scioglimento della comunione, non contro la comunione medesima, ma contro l' altro conjuge o i suoi eredi.

(1) Pensione che il re accordava in luogo di sopravvivenza al titolare o agli eredi di una persona possedente una carica.

Lo stesso accade allorquando uno de' conjugi sia succeduto, durante la comunione, al creditore dell'altro conjuge; e che il debito sia stato escluso dalla comunione, tanto per parte del conjuge, che è succeduto al creditore, in forza di una clausola di realizzazione della eredità, quanto per parte del conjuge debitore, mediante una convenzione di separazione di debiti.

Sebbene il credito, che la moglie aveva contro il marito prima del matrimonio, o al quale ella è succeduta, non fosse che chirografario, essa ha per tal credito l' ipoteca sopra i beni di suo marito dal giorno del contratto matrimoniale, o, non essendovene, dal giorno della celebrazione delle nozze, poichè questo credito fa parte della dote della moglie. Il marito nell'ammogliarsi ha contratto l' obbligo di esigere egli stesso l' ammontar di questo credito e di restituirlo alla moglie col sovrappiù della dote. Per rapporto al credito, che il marito aveva contro la moglie o al quale è succeduto, egli non acquista col matrimonio alcuna ipoteca.

678. Il vedovile ed il lutto della moglie sono altresì de' crediti, che la moglie ha non contro la comunione, ma soltanto contro gli eredi del marito.

Noi tratteremo del vedovile in un Trattato particolare, ma diremo ora due parole sul lutto della moglie. Questo è un credito, che ha la vedova contro l' eredità del defunto, la quale è obbligata a somministrarle la somma necessaria per portare il lutto di suo marito. Codesta somma viene alcune volte fissata nel contratto di matrimonio; e quando non lo è, deve essere fissata dal giudice, avuto riguardo allo stato ed alle facoltà del defunto.

Si fa entrare nelle spese di lutto il prezzo delle vesti ed altri vestimenti di lutto tanto della vedova, quanto de' suoi domestici. Vi si comprendono ancora, per le persone ricche e di qualità, gli arredi e fornimenti di carrozza.

Non viene accordato il lutto alle femmine di bassa condizione, per esempio, alla vedova di un mercenario.

Questo lutto, che gli eredi del marito sono obbligati di fornire alla vedova, è riguardato come una parte delle spese funebri del marito; come tale appunto lo considerano Lebrun, Renusson ed altri. In conseguenza è costume di accordare alla vedova pel credito del di lei lutto i medesimi privilegj, che sono annessi a quello delle spese funebri, ma se la moglie è preferita pel suo lutto ai creditori del marito morto insolvibile, almeno devesi in questo caso aver riguardo di fissarlo nella minor somma possibile.

Il lutto è dovuto alla moglie, siavi o non siavi comunione; nel caso che ella l' accetti, quanto in quello, che vi rinunzii.

Premorendo la moglie, il marito non è ammesso a domandare agli eredi di questa le spese del suo lutto; tale uso è costante. Io non vedo la ragione della differenza, che si è fatta su questo punto tra il marito e la moglie. La legge 9, ff. *de his qui not. inf.* che si suole citare, e nella quale si dice *uxores viri lugere non compellantur*, non mi sembra in questo caso applicabile, poichè secondo i nostri costumi il marito porta il lutto della moglie, come la moglie porta quello del marito. Bisogna a questo riguardo attenersi a ciò, che dice Giuliano: *non omnium quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest*; *l.* 20, *ff. de legib.*

679. Finalmente il credito, che risulta dalle donazioni, che i conjugi si sono fatte nel loro contratto di matrimonio, è un credito, che il conjuge donatario ha non contro la comunione, ma bensì contro la successione dell' altro conjuge, che gli ha fatta donazione.

680. Osservasi rapporto a tutti i crediti, che uno de' conjugi ha non contro la comunione, ma contro l' altro conjuge o i di lui eredi, che il conjuge, il quale gli ha, non li preleva su i beni della comunione, ma ne deve esser totalmente pagato tanto sulla porzione de' beni della comunione spettante al conjuge, che ne è debitore, quanto sugli altri beni del detto conjuge debitore.

CAPITOLO II.

Della divisione de' beni della comunione dopo lo scioglimento della medesima, e degli atti che la precedono.

L' inventario de' beni della comunione essendo il primo passo necessario onde pervenire alla divisione de' beni della comunione, noi tratteremo nel primo articolo dell' inventario e delle occultazioni : nel secondo, degli altri atti che deggiono precedere la ripartizione de' beni comuni ; nel terzo parleremo di questa divisione ; nel quarto, de' suoi effetti e della garentia che essa produce.

ARTICOLO PRIMO.

Dell' inventario e delle occultazioni.

Vedremo : 1.° cosa sia l' inventario, e quali cose esso debba comprendere; 2.° in qual modo, a richiesta di chi, ed alla presenza di quali persone debba farsi; 3.° tratteremo delle occultazioni.

§ 1. *Cosa sia l' inventario e quali cose debban esservi comprese.*

681. L' inventario è un atto, che contiene in dettaglio la descrizione di tutte le cose delle quali si compone la comunione.

In principio di questo atto si premettono i nomi e le qualità delle persone a richiesta ed in presenza delle quali l' inventario vien fatto. Dopo questa premessa l' inventario contiene la descrizione in dettaglio di tutti i mobili corporali, dei quali la comunione è composta.

682. Vi si debbono comprendere anche gli abiti, biancherie e masserizie che servono ad uso del superstite, salvo un vestiario completo che gli si deve lasciare, e che non dovendo entrare nella divisione non deve neppur essere inventariato.

Quando il superstite è militare gli si deve lasciar la spada, che è solito cingere, e se è togato gli si deve lasciare la sua veste di cerimonia.

I manoscritti di opere che un uomo di lettere e scienze ha composte, non debbono neppur comprendersi nello inventario. Tali cose non soggiacciono a stima, nè si considerano formare parte di una comunione di beni, nè di una eredità : si deve dunque lasciarli al superstite, che gli ha composti, e s' egli è premorto, al primogenito de' suoi figli, ed in mancanza di prole al primogenito di sua famiglia, quando anche avesse rinunziato all' eredità.

Neppure i ritratti di famiglia sono annoverati tra le cose che formano parte di una comunione di beni nè di una successione ereditaria ; e per conseguenza non deggiono essere inventariati. Ciascuna delle parti deve prendersi i ritratti di sua famiglia : il ritratto del conjuge premorto deve lasciarsi all' altro conjuge vita sua durante, coll' obbligo di restituirlo dopo la di lui morte al primogenito della famiglia del premorto.

Si dica lo stesso dei distintivi degli ordini cavallereschi, co' quali s' intese di decorare il merito e la virtù, come una croce di S. Luigi ec. Tali cose non fanno parte della comunione e non devono essere inventariate ; ma esse debbono essere lasciate al marito, o, s' egli è premorto, al maggiore della famiglia per custodirle come monumenti onorifici di famiglia.

683. Aggiungesi a ciascun mobile corporale compreso nell' inventario, l' indicazione della somma per cui è stato stimato. Questa valutazione si fa ordinariamente da un usciere stimatore, il quale si fa a tale effetto assistere da qualche pubblico rigattiere.

684. Dopo la descrizione de' mobili corporali, l' inventario deve comprendere la specifica di tutti i titoli, carte e documenti de' beni della comunione, come sono il libro giornale ed altre scritture domestiche, i libri di commercio, gli obblighi stipulati per mano di notajo, ed i biglietti privati dei debitori della comunione, i titoli delle rendite e de' fondi che appartengono alla comunione.

Essendovi qualche credito della co-

munione di cui non si trova scrittura, come sarebbe quello di un prestito di denaro fatto da un amico senza ricevuta, il superstite, che lo sa, deve dichiararlo nell' inventario.

Finalmente l' inventario contiene la specifica dei debiti della comunione.

§ 2. *In qual modo si faccia l'inventario, a richiesta di chi, ed alla presenza di quali persone.*

685. L'inventario si fa ordinariamente per atto rogato da notajo; ma talvolta si fa pure mediante scrittura privata. Comunemente si fa nel domicilio, appena morto uno de'conjugi; poichè ivi per lo più trovansi i mobili e documenti riguardanti la comunione, almeno per la maggior parte.

Quando i mobili esistono in varj luoghi, si suole talvolta trasferirvisi per farne l' inventario; e talora si fanno trasportare dal luogo ove sono in quello ove si fa l'inventario; qualche volta si è pago della dichiarazione, che il superstite fa nell'inventario, esistere cioè nel tal luogo tali e tali cose, *puta* tante moggia di frumento, tante botti di vino, una mandra di tante pecore, tali e tali utensili di torchio ec., che si stimano valer tanto.

686. L'inventario si fa ordinariamente a richiesta del superstite; nondimeno si fa qualche volta a richiesta degli eredi del premorto; come nel caso in cui la moglie superstite, senza essere giudizialmente separata, non avesse convivuto col suo marito premorto.

687. Il superstite deve fare l'inventario alla presenza degli eredi del premorto, o dopo averli debitamente chiamati; nondimeno non è obbligato chiamare che quelli che trovansi sopra il luogo. Siccome però potrebbe darsi, ch'egli non conoscesse quelli che trovansi sul luogo, o almeno ignorasse la loro dimora, così può fare a meno della loro presenza, facendo assistere all' inventario il procurator regio o il procurator fiscale della giudicatura del luogo.

Quando gli eredi assistono volontariamente all'inventario è inutile ogni giudiziaria chiamata; ma quand' essi non vi si trovano, il superstite deve citarli davanti il giudice locale, e fare emanare una sentenza che citi le parti per il tal giorno, per la tale ora e pei giorni susseguenti a comparire nella casa del superstite, per ivi procedere all'inventario. E nel caso che la sentenza venga emanata in contumacia, il superstite deve farla intimare alla parte contumace.

In conseguenza di tale sentenza, il superstite può, ne'giorni ed ore fissate dalla sentenza medesima, far procedere al suo inventario, sia che gli eredi vi si trovino presenti sia che vi manchino; e l'inventario fatto in loro assenza in questo caso è tanto valido come se vi fossero stati presenti, purchè vi sieno stati debitamente chiamati.

Quando gli eredi del premorto sono sotto la tutela del superstite, questi deve far nominare dal giudice un tutore surrogato, che vi assista per essi.

§ 3. *Delle occultazioni.*

688. Chiamasi occultazione l'omissione maliziosa, che il superstite ha fatto nel suo inventario di qualche bene corporale, o di qualche documento de' beni e diritti della comunione, coll'intenzione di toglierne la conoscenza agli eredi del premorto e di privarli con ciò della porzione, che hanno diritto di pretendere nei detti beni.

Le omissioni che trovansi nell'inventario, che il superstite fece fare, non si reputano occultazioni, nè sono soggette alle pene corrispondenti, se non se quando vi è luogo a presumerle maliziose. Non si riconoscono soprattutto per tali allorchè il superstite, prima che alcuno muova querela, ha aggiunto nell'inventario la descrizione de' beni, o documenti che obliò di comprendervi.

Quand'anche gli eredi del premorto avessero scoperta l' omissione prima che il superstite avesse aggiunto al suo inventario le cose omesse, l' omissione può ancora presumersi non essere maliziosa, sia per rapporto alla tenuità dell'oggetto, sia perchè sembri dalle circostanze che le cose abbiano potuto sfuggire alla cognizione

del superstite. Per lo che in questo caso gli eredi del premorto, i quali hanno scoperta tale omissione, altro non possono esigere, se non che esse sieno aggiunte all'inventario, non essendo loro permesso di ricorrere alle pene dell' occultazione contro il superstite.

Al contrario l'omissione è supposta maliziosa allorchè la moltitudine delle cose omesse e la loro qualità, essendo esse in vista e di un uso giornaliero, non permettono di pensare che abbiano potuto sfuggire alla cognizione del superstite, che omise di comprenderle nell' inventario.

L'omissione deve soprattutto essere supposta maliziosa, allorchè le cose omesse nell'inventario sieno state dal superstite, dopo la morte o ultima malattia del defunto, rimosse dal luogo ove trovavansi e trasportate fuori della casa, ovvero ascose in qualche angolo di essa.

689. Non sono ammissibili le querele degli eredi della moglie, per le occultazioni, che si pretendono fatte dal marito, fuorchè nel caso ch'essi abbiano accettata la comunione: poichè avendovi rinunziato egli è evidente che non hanno alcun interesse riguardo alle predette occultazioni. Nondimeno s'eglino pretendessero che per dolo del marito superstite, il quale con le sue occultazioni nascose loro le forze della comunione, sieno stati indotti a rinunciarvi, potrebbero in via di rescissione essere ammessi alla pruova del dolo, e delle occultazioni del marito; e dopo avere in conseguenza fatto ammettere la loro querela e rescindere la loro rinunzia, essere autorizzati ad accettare la comunione e procedere contro il marito per la pena della occultazione.

690. La pena dell'occultazione consiste in ciò, che il superstite, il quale ne sia convinto, non solamente viene condannato ad aggiungere all'inventario ed alla massa de'beni della comunione le cose occultate, ma lo si dichiara eziandio decaduto dalla sua porzione de'mobili che ha occultati, e dai diritti, e crediti, di cui ha occultato i titoli e documenti. Le quali cose da lui occultate apparterranno in conseguenza nel loro totale agli eredi del premorto. Decisione del 15 maggio 1656, nel 1. tomo del Giornale delle Udienze.

Per esempio, se il superstite avesse nascosto i biglietti di qualche debitore della comunione, tali crediti apparterrebbero per intiero agli eredi del premorto in punizione dell'occultamento.

Se il superstite autore dell'occultazione era donatario dell' usufrutto per quella parte, che apparteneva al premorto, egli sarebbe parimenti dichiarato decaduto da quest'usufrutto quanto alle cose occultate. Così venne giudicato nella surriferita decisione.

La moglie superstite, che occultò qualche cosa, oltre la suddetta pena, che ha comune col marito, è soggetta pure ad altre pene, che la riguardano particolarmente; queste pene consistono in ciò che essa è decaduta dal diritto di rinunziare alla comunione, come abbiamo veduto sopra, n. 560, e da quello di non esser tenuta a'debiti della comunione senonchè fino alla concorrenza del profitto, che ne ha ritratto.

Ci resta ad osservare, che il superstite, il quale abbia fatte delle occultazioni, può evitare, prima che gli eredi del premorto ne sieno istrutti, le pene delle sue occultazioni, restituendo le cose occultate, ed aggiungendole nell'inventario. Così fu giudicato con la decisione riferita da Brodeau sopra Louet.

Ma se gli eredi del premorto hanno avuto cognizione delle occultazioni, allora il superstite non può più evitarne la pena coll'aggiugnere all'inventario le cose occultate, quantunque le abbia aggiunte prima, che contro di lui siasi fatto alcun reclamo a causa di dette occultazioni. Così è stato giudicato con decisione del 14 aprile 1629, riportata da Brodeau sopra Louet, *Lett. R. cap.* 1; nel cui caso una vedova fu dichiarata soggetta a tutte le pene di occultazione quantunque avesse aggiunto all' inventario, prima che si fosse promossa alcuna querela contro di lei, le cose da essa distratte; imperciocchè non ve le aveva aggiunte che dopo il sequestro fattone dagli eredi del di lei marito.

ARTICOLO II.

Degli altri atti preliminari, che precedono la divisione.

691. Gli altri atti, che precedono la divisione de'beni della comunione, sono: 1.° il conto mobiliare, che si rendono rispettivamente le parti di quanto ciascuna di esse ha ricevuto dai beni della comunione dopo lo scioglimento della medesima, e di ciò che vi ha conferito per di lei parte.

Allorchè una delle parti, senza essere stata incaricata della riscossione delle somme dovute alla comunione, ne abbia ricevuto da qualche debitore della comunione medesima; se nella quitanza ha dichiarato aver ricevuto tali somme sopra la di lei porzione, o per la sua parte, essa non è obbligata a render ragione di tali somme nel conto mobiliare: salvo all' altra parte di farsi pagare come potrà della sua porzione dallo stesso debitore; e ciò ha luogo quand'anche questi debitori fossero dopo divenuti insolvibili. La ragione si è, che la parte, che ha ricevuta la sua porzione, non è garante della loro insolvibilità verso l'altra parte, alla quale debbesi imputare di non aver praticate le diligenze medesime. *Arg. l.* 38, *ff. fam. ercisc.*

Ma quando una delle parti si è incaricata della riscossione dei crediti comuni, sia che da se sola ne abbia preso l'incarico, sia che ambe le parti se ne sieno reciprocamente incaricate, non è a lei permesso di ricevere la sua porzione a preferenza della comunione, ed essa deve tener conto di tutto ciò, che ha ricevuto dai debitori, qualunque sia la dichiarazione, che possa ella aver fatta nelle quitanze: questo è appunto il caso, che contempla la *l.* 63, § 5, *ff. pro soc.* ove dice, *iniquum est ex eadem societate alium plus, alius minus consequi*: vedi il nostro *Trattato della Società* n. 122.

La riparazione del danno, che una delle parti avesse causato per di lei colpa in qualche cosa della comunione dopo lo scioglimento di essa, è pure questa una cosa, che fa parte del conto mobiliare. Cotali danni si valutano per una certa somma, di cui la parte, che li ha cagionati, è dichiarata debitrice verso la società, e ne deve per conseguenza render ragione nel conto mobiliare.

699. 2.° L'atto di liquidazione, che contiene uno stato o specifica delle diverse ricupere e crediti, che ciascuna delle parti ha da esercitare contro la comunione, e de'varj debiti e compensi di cui è debitrice verso la comunione, entra pure in tal conto. Nel capitolo precedente abbiamo visto quali possono essere questi differenti crediti e debiti.

Con l' atto di liquidazione si deve fissare il totale de'crediti e dei debiti che ciascun conjuge ha verso la comunione; bilanciare il totale di detti crediti rispettivi col totale dei debiti, e dichiarare ognuno de' conjugi o creditore della comunione per le somme, che il totale dei suoi crediti eccede quelli de'suoi debiti, o debitore per la somma, che il totale de' suoi debiti eccede quella de' suoi crediti.

693. 3.° Finalmente prima di potere pervenire alla divisione dei beni della comunione è necessario procedere alla stima de'coacquisti di essa, tanto dei veri acquisti quanto de' beni proprj mobilizzati, i quali in conseguenza del patto di mobilizzazione debbono entrare nella massa dei beni comuni, che sono da ripartirsi nel modo stesso che i veri coacquisti.

Le parti, se sono in età maggiore, possono fare amichevolmente questa stima o fra loro stesse, o col mezzo di stimatori periti da esse nominati; nè hanno bisogno di ricorrere al giudice, fuorché nel caso in cui fossero discordi nella nomina degli stimatori.

Trovandosi fra le parti qualcuno in età minore, allora ricorresi al giudice per fare ordinare, che gli stimatori nominati dalle parti vengano ammessi, e per fare ad essi prestare il giuramento prima che procedano alla stima.

Oltre la visita e stima de'coacquisti della comunione, si deve anche fare una visita de' fondi proprj dei conjugi onde indicare e stimare tutte, e ad una ad una le riparazioni da farsi per la manutenzione di detti fondi, essendone incaricata la comunione, come abbiamo visto sopra, n. 271.

ARTICOLO III.

Della divisione della comunione.

694. La divisione della comunione è la ripartizione, che si fa tra le parti de' beni della comunione medesima.

È della natura di qualunque società, che ciascuna parte, che ha una porzione ne' beni, che sono stati in comune, possa dopo lo scioglimento della società, e quando ella trovasi in età maggiore, domandarne all' altra la divisione; poichè egli è di massima, che *nemo invitus in communione, manere debet.*

Secondo questa massima, dopo lo scioglimento della comunione, che vi era tra un marito ed una moglie, non solamente il superstite, non solamente l'erede del premorto, ma quand'esso abbia lasciati più eredi, uno solo di detti eredi, ove sia maggiore di età, può domandare alle altre parti la divisione de' beni della comunione.

695. Allorchè una parte è minore, essa può o per mezzo del suo tutore o da per se stessa, allorchè è emancipata, domandare la ripartizione dei mobili della comunione; essa può altresì domandare una ripartizione provvisionale de'beni immobili, cioè a dire che si assegni ad ognuna delle parti il godimento di certi beni per goderne separatamente sino alla ripartizione definitiva; ma un minore non può domandare validamente una ripartizione definitiva de'beni immobili.

La ragione è, che la divisione dei beni immobili, che si facesse sopra domanda di questo minore, racchiuderebbe una disposizione, che esso farebbe della sua parte dei detti beni immobili; ora le leggi interdicono ai minori ogni disposizione de' loro beni immobili.

696. Quantunque un minore non possa da per se stesso provocare le altre parti ad una ripartizione definitiva de'beni immobili, egli però può esservi provocato da una delle parti; e tal divisione definitiva fatta sulla domanda di persona di età maggiore, è validamente fatta col minore.

Imperciocchè le leggi le quali interdicono a' minori di disporre de loro beni immobili, ne eccettuano le disposizioni necessarie, ed interdicono soltanto quelle, che sono volontarie. Una divisione, che si fa sulla domanda di un minore, è una disposizione volontaria, che egli fa dei suoi beni immobili, poichè niente lo costringeva a farne la domanda; ma allorquando si fa sopra domanda di un maggiore, che provoca il minore alla divisione, la disposizione, ché il minore fa, con questa divisione, della porzione, che ha ne'beni immobili, è una disposizione necessaria; poichè la domanda fatta contro di lui è una cosa, che non dipendeva da esso, e che non ha potuto impedire.

697. La domanda di divisione deve esser promossa contro tutte le parti; perciò allorquando il premorto abbia lasciato più eredi, se il superstite ha promossa la sua domanda di divisione solamente contro uno degli eredi, ovvero se non vi è che un solo erede, il quale abbia fatta la domanda contro il superstite, non vi è luogo a decidere sopra questa domanda, sino a che gli eredi non sieno stati interpellati, o che non sieno intervenuti in causa.

698. Fintantochè i beni della comunione sono posseduti dalle parti in comune e *pro indiviso*, l' azione di divisione, che ognuna di esse ha diritto d'intentare contro le altre parti, non va soggetta ad alcuna prescrizione di tempo per lungo che sia: poichè l' indivisione reclama perpetuamente a favore di tale azione: *cum nemo invitus in communione manere debet*.

Ma se una delle parti avesse posseduto separatamente per lo spazio di trent'anni certi beni della comunione, quantunque essa non potesse produrre alcun atto di seguita divisione, tale possesso separato, che essa avrebbe avuto durante detto tempo, farebbe presumere, che potesse esservene stata una, e darebbe luogo a suo favore, contro l'azione di divisione, alla prescrizione ordinaria di trent'anni, che ha luogo contro tutte le azioni.

699. S' incomincia ordinariamente la ripartizione de' beni comuni da quella de' mobili, e dopo si viene a quella de'beni immobili. Nondimeno

qualche volta si fa una divisione dei mobili e degli immobili; ed anche qualche volta si assegna ad uno per sua quota tutto o la maggior parte del mobiliare, e tutti gl' immobili o la maggior parte di essi si assegnano per quota dell' altro, quando però vi sia la convenienza reciproca delle parti, come nel caso in cui i beni della comunione di un negoziante abbiano a dividersi tra la vedova ed il figlio erede del padre. Se il figlio ha intenzione di continuare il commercio del padre, e che la vedova al contrario disegni di vivere privatamente senza accudire al commercio, le mercanzie ed effetti commerciali, essendo in questo caso convenienti allo stato del figlio, si pongono nella parte del figlio, ed i beni stabili essendo più convenienti allo stato della vedova si pongono nella parte di essa.

700. Si procede talvolta alla vendita de' mobili della comunione invece di farne la divisione; ma quando una delle parti vuole avere la sua porzione de' mobili in natura, e che per conseguenza si oppone alla vendita, che vuol farne l' altra parte, non si può ricusargliene la divisione; a meno che non fosse necessario di vendere il tutto o una porzione per pagare i debiti della comunione, tanto per quelli dovuti a terze persone, che per quelli dovuti all' una o all' altra delle parti: nel qual caso la vendita de' beni mobili non può essere impedita, fino alla concorrenza di ciò, che è necessario vendere per estinguer detti debiti, incominciando dalla vendita de' mobili soggetti a deperimento.

Quand' anche vi fosse di che estinguere i debiti della comunione senza vendere i mobili, se l' erede del premorto è un minore, il suo tutore non può impedire la vendita, che il superstite volesse farne, poichè è anzi dovere di un tutore di far procedere alla vendita de' mobili del suo minore, per impiegarne il prezzo in acquisti di fondi o rendite, che producano un' entrata al minore.

Ma se al contrario il superstite ne domanda la divisione, il tutore dello erede minore non può impedirlo, salvo ad esso di far procedere dopo la divisione alla vendita de' mobili toccati in sorte nella porzione del di lui minore.

701. Per procedere alla divisione de' beni immobili della comunione, si forma una massa di tutti quelli, che la compongono nella quale ogni immobile è registrato per quella somma per cui venne stimato. Formatasi in questo modo e stabilita la massa, la moglie o i di lei eredi devono prelevare a loro scelta su i migliori effetti della massa la somma a cui, mediante la liquidazione, si sono trovate ascendere le azioni, ricupere ed altri crediti della moglie, dedotto però quanto essa doveva alla comunione, qualora sul ricavato da' mobili non sia stata pagata.

Dopo tale deduzione fatta dalla moglie o da' suoi eredi, il marito o suoi eredi prelevano egualmente a loro scelta, su' migliori beni che rimangono di detta massa, la somma a cui ascendono le azioni, ricupere e crediti del marito, dedotto ciò, che esso doveva alla comunione.

Eseguiti tali prelevamenti, si fanno due porzioni de' fondi, che rimangono a dividersi; cioè una per lo superstite, l' altra per gli eredi del premorto, che poi si estraggono a sorte.

Si fanno queste porzioni più eguali, che sia possibile; ma siccome ordinariamente l' eguaglianza non può riescire perfetta, così per accostarvisi s' incarica colui, che riceve la porzione maggiore di dare un compenso a quello, che ha la minore. Per esempio, se dopo aver fatte le suindicate prededuzioni, rimanessero ancora 50,000 lire in fondi da dividersi, di cui si fossero fatte due porzioni, una di 30,000 e l' altra di 20,000; in tal caso per eguagliarle si caricherà la porzione di 30,000 lire del compenso di lire 5,000 verso quella di 20,000; mediante il quale compenso la porzione di 30,000 lire ne verrà diminuita di 5,000, e ridotta per conseguenza a lire 25,000; e la porzione di 20,000 lire essendo aumentata di 5,000, che le sono dovute per compenso, sarà egualmente di 25,000.

Il compenso, di cui si carica la porzione più forte verso la più debole, consiste, o in una rendita, allorchè è detto, tale porzione sarà caricata

di tanto di rendita verso l'altra porzione; ovvero consiste in una somma pecuniaria. Allorchè consiste in una rendita, questa rendita è un peso reale de' beni, che compongono la porzione cui essa è addossata; essa è una vera rendita fondiale la quale non è redimibile, a meno che non ne sia stata espressamente accordata la facoltà e per cui la parte, alla quale è dovuto un tal compenso, ha tutti i diritti inerenti ai padroni di rendita fondiale.

Allorchè il compenso consiste in una somma pecuniaria, il credito per tale compenso è un credito mobiliare ed esigibile, il quale produce però interessi, *ex natura rei*, dal giorno della divisione sino al pagamento; a meno che non si convenisse nell' atto della divisione, che le parti non avrebbero il godimento delle loro porzioni, che da un dato giorno; nel qual caso gli interessi non decorrerebbero che dal detto giorno.

Talvolta, dopo essere stato detto nella divisione, che una tal porzione sarebbe incaricata verso l' altra del compenso di una tal somma, si aggiunge, che per prezzo di detta somma si assegna una rendita di tanto. Questa rendita in tal caso non è un peso reale e fondiale de' coacquisti, che compongono la porzione; ma è una vera rendita costituita, di cui il proprietario di questa porzione è debitor personale, la quale rendita è sempre redimibile secondo la natura delle rendite costituite, e per la quale la parte, a cui è dovuta, ha soltanto una ipoteca privilegiata su i coacquisti della porzione, che ne è caricata. Vedi su tale compenso il *Trattato del Contratto di Società*, n. 175, 176 e 177

702. Allorchè le parti hanno divisi i beni della comunione senza avere precedentemente prelevato sulla masse le somme, di cui ciascuna di esse era creditrice della comunione, debbono rendersene conto dopo la divisione nel modo seguente:

Si deve compensare sino alla debita concorrenza le somme di cui ciascuna parte è creditrice della comunione; fatta tale compensazione, la parte, che rimane creditrice della somma maggiore, deve altresì far confusione sopra di se stessa della metà della somma, che è rimasta dopo fatta la detta compensazione, ed essa ha il diritto di domandare all' altra parte il pagamento dell' altra metà con gli interessi, dal giorno dello scioglimento della comunione. Per esempio, suppongo, che le parti abbiano divisa una massa del valore di cento mila lire, senza avere prelevato quelle somme di cui ognuna era rispettivamente creditrice verso la comunione. Suppongo altresì che il superstite fosse, mediante la liquidazione, creditore di trenta mila lire, e gli eredi del premorto di venti mila; compensati i crediti rispettivi, il superstite rimane creditore di dieci mila lire, di cui fa confusione della metà sopra se stesso, e resta creditore di cinque mila lire verso gli eredi del predefunto.

Questa operazione ha il medesimo risultamento, che se i crediti rispettivi fossero stati prelevati prima della divisione sulla massa; giacchè, dietro tale operazione, il superstite riceve su' beni comuni la somma di cinquantacinque mila lire; cioè cinquanta mila per sua porzione nella divisione, e cinque mila, che gli eredi del premorto sono obbligati di pagargli sulla loro parte; ed agli eredi non toccano che quarantacinque mila lire, essendo obbligati di detrarre sulla loro porzione di cinquanta mila lire la somma di cinque mila, che devono al superstite.

Prelevando i crediti rispettivi prima della divisione, riceve egualmente il superstite la somma di lire 55,000, cioè 30,000, che ha prelevato, e 25,000 per la sua metà de' beni, che rimangono a dividersi, la quale in forza delle prededuzioni è stata ridotta a 50,000; e le dette due somme di 30,000 e 25,000 vengono a formare quella di 55,000. Agli eredi del premorto tocca egualmente la somma di 45,000 lire, cioè 20,000 che prelevano, e 25,000 per loro metà nella massa de' beni che rimanevano a dividersi.

703. Osservisi, che la moglie e i suoi eredi non sono obbligati a compensare la somma, di cui vanno creditori verso la comunione, con quella di cui il marito o i suoi eredi sono similmente creditori, senonchè fi-

no all' ammontare della porzione dei beni della comunione di detta moglie, o de' suoi eredi. La ragione è, che la compensazione, che la moglie o i suoi eredi fanno coi crediti del marito, è un pagamento, che fanno al marito stesso di ciò, che la comunione gli deve: *Nam qui compensat solvit*. Ora, come vedremo *infra*, *parte* VI, la moglie o i suoi eredi non sono obbligati pe' debiti della comunione, che sino alla concorrenza della parte, che hanno nella comunione; essi dunque non sono obbligati a compensare il credito, che hanno verso la comunione con quello del marito, senonchè sino all' ammontare della loro quota nei beni della comunione; altrimenti si troverebbero aver pagati dei debiti della comunione al disopra della porzione a loro spettante.

704. Per la medesima ragione la moglie o i suoi eredi non sono obbligati di far confusione sopra se stessi della metà loro dovuta dalla comunione, senonchè fino all' ammontare della porzione, che hanno ne' beni della comunione; poichè questa confusione, che fa la moglie della metà del suo credito contro la comunione, è un pagamento, che ella fa a se medesima per questa metà di ciò, che le è dovuto dalla comunione. Ora, essa non è tenuta ai debiti della comunione, tanto riguardo a quelli dovuti a' terzi, quanto per quelli, che sono dovuti a se stessa, senonchè fino allo ammentar della parte, che ha ne' beni della comunione; essa non è dunque obbligata a far tale confusione senonchè fino all' ammontare di detta porzione.

Supponiamo, per esempio, che la massa della comunione fosse di 30,000 lire, che le parti hanno divise senza prelevare antecedentemente i crediti rispettivi, che avevano contro la comunione; la porzione di ciascuno sarà stata di 15,000 lire. Supponiamo ora che la moglie sia creditrice della comunione di 25,000, ed il marito di 40,000 lire; la moglie non essendo obbligata a soggiacere ad alcun compenso, nè ad alcuna confusione senonchè sino alla concorrenza di lire 15,000, rimarrà creditrice di 10,000 lire, che il marito sarà obbligato a pagarle; quindi non resterà al marito, per pagarsi del suo credito di 40,000 lire, che sole 5,000; e la moglie con questa somma di 10.000 lire e con quella di 15,000, che ha avuta di sua porzione nella divisione della comunione, sarà intieramente pagata del suo credito di lire 25,000.

Questa operazione produce lo stesso effetto come se si fosse presa la via del prelevamento; poichè il credito della moglie dovendo esser prelevato prima di quello del marito, sulla massa di 30,000 lire, essa ne avrebbe prelevato 20,000 per pagarsi del di lei credito, e per lo credito del marito sarebbero rimaste sole 5,000.

705. Allorchè una delle parti si è trovata, nella liquidazione, debitrice verso la comunione di una certa somma, deve tenerne conto nella divisione dei beni della comunione, dedotto ciò che le è dovuto dalla comunione stessa.

Ciò può farsi in due maniere. La prima è coll' aggiungere alla massa dei beni della comunione il credito, che la comunione ha contro la parte debitrice, e scontandoglielo sulla sua porzione in detta massa. Per esempio, se oltre il credito di 10,000 lire, che la comunione ha contro una delle parti, i beni di detta comunione ascendono a 90,000, aggiungendovi detto credito di 10,000 lire, la massa ascenderà a lire 100,000, e la metà per ciascuna parte sarà di 50,000; mettendo a conto della parte debitrice sulla porzione, che deve avere in questa massa il credito di dieci mila lire, che la comunione ha contro di lei, e dandole 40,000 lire di detta massa, ella sarà al coperto delle sue lire 50,000, e ne rimarranno similmente 50,000 per la porzione dell' altra parte.

La seconda maniera è che, senza aggiungere alla massa della comunione il credito della somma di lire 10,000, che ha contro di me, io lascio prelevare all' altra parte prima della divisione sulle 90,000 lire, che compongono la massa, una somma di 10,000 lire eguale a quella di cui io sono debitore verso la comunione, e dividiamo in seguito le 80,000 lire, che rimangono. Seguendo questo secondo modo, io avrò, come nella prima operazione, 40,000 lire oltre il mio de-

bito di lire 10,000, il che forma la somma di 50,000; e l'altra parte avrà egualmente 50,000 lire, cioè dieci mila che essa ha prelevate e 40,000 per la sua metà nelle 80,000, le quali restavano a dividersi dopo la deduzione.

Se nella divisione non si è avuto riguardo a questo debito, io devo fare confusione, per la metà, che ho nei beni della comunione, della metà del debito di 10,000 lire, delle quali sono debitore alla comunione, e pagare 5,000 lire all' altra parte per la sua metà; ciò che vale lo stesso delle due precedenti operazioni.

706. Allorchè ciascuna delle due parti è debitrice verso la comunione, *puta*, l' una di sei mila lire e l' altra di quattro mila, esse possono similmente tenersene conto in due maniere.

La prima consiste nell' aggiungere alla massa de' beni da dividersi ciascuno de' crediti, che la comunione ha contro le parti, e dedurre a ciascuna delle parti sulla loro porzione i crediti, che la comunione ha contro essi.

La seconda maniera consiste nel compensare fino a debita concorrenza, le somme di cui ciascuna parte è debitrice, e di far in seguito prelevare sulla massa, da quella parte, che doveva meno, una somma eguale a quella, di cui la parte, che doveva più, si è trovata debitrice dopo eseguita la detta compensazione. Per esempio, la parte, che era debitrice di 4,000 lire, ne preleverà sulla massa 2,000, che eguagliano le 2,000 lire, delle quali era debitrice la parte, che doveva le 6,000 lire, dopo fatta la compensazione del suo debito con quello delle 4,000 lire dell' altra parte.

Allorchè si è fatta la divisione senza che le parti abbiano calcolati i loro debiti rispettivi verso la comunione, perchè esse possano ciò eseguire dopo la divisione, si deve similmente, e fino a debita concorrenza, compensare le somme delle quali ciascuna parte era debitrice verso la comunione; dopo di che la parte, che deve più, deve far confusione, per la metà, che essa ha ne' beni comuni, della metà della somma di cui essa è rimasta debitrice dopo la detta compensazione, e pagar l'altra metà della detta somma all' altra parte.

Per esempio nel nostro caso la parte, che era debitrice di sei mila lire, e che dopo la compensazione di questo debito con quello di quattro mila, di cui l' altra parte era pur debitrice, resta ancor debitrice di due mila lire, deve far confusione di mille lire, che è la metà delle due mila, e pagare mille lire all' altra parte per la metà della detta somma.

707. Alcune volte il superstite e gli eredi del predefunto, invece di dividere i coacquisti della comunione, convengono fra loro di farne una licitazione.

La licitazione è un atto, che tiene luogo di divisione, e col quale una cosa, che era comune ed indivisa fra due o più parti, viene aggiudicata pel totale a quella parte, che ha offerto maggior prezzo, coll' obbligo all' aggiudicatario di pagare alle altre parti la loro porzione nel prezzo dell' aggiudicazione.

708. Quando una delle parti fra le quali i beni della comunione devonsi dividere domanda la licitazione, l' altra parte può opporvisi e chiedere la divisione, allorquando ne' beni, che vi sono da dividersi, trovansi più corpi di fondi di cui si può formarne due porzioni, obbligando la porzione più grossa a compensarne la più piccola.

Anche nel caso in cui i beni immobili della comunione non consistessero, che in un solo fondo, se questo può dividersi comodamente, cioè senza che la divisione lo faccia decadere dal suo valore, si può impedire la licitazione, e dimandar la divisione.

Allorchè le parti sono fra loro discordi sul fatto di sapere, se il fondo sia o no suscettibile di comoda divisione, il giudice ne ordina la visita, onde poterne giudicare.

709. Un minore non potendo chiedere la definitiva divisione dei fondi della comunione, come l' abbiamo veduto *supra*, n. 695, non può nemmeno domandarne la licitazione. Ma un maggiore può domandarne contro al minore la licitazione; non può però il giudice ordinarla, se non dopo, che gli sarà stato giustificato, che il fondo di cui chiedesi la licitazione, e che è la sola cosa da dividersi fra le parti, sia di natura a non poter esser divi-

so, senza che questa divisione lo pregiudichi nel suo valore; il giudice, per istruirsene, deve ordinarne la visita, a meno che per la qualità stessa del fondo non sia evidente non essere questo suscettibile di divisione.

710. Allorchè avvi un minore, la licitazione deve farsi all' udienza del giudice; essa deve essere preventivamente annunziata al pubblico mediante affissi e pubblicazioni, e devonsi ammettere le offerte di tutti gli estranei, che venissero all' asta.

Allorchè tutte le parti sono maggiori, la licitazione si fa nello studio di un notajo, e le parti possono farla tra loro senza chiamarvi degli estranei a far oblazione. Se però una delle parti, ancorchè maggiore, domandasse che le oblazioni estranee fossero ricevute, l'altra parte non può ricusarle; ed in questo caso se ne deve avvisare il pubblico col mezzo di affissi e pubblicazioni a spese della comunione; altrimenti la parte ricca avrebbe un grande vantaggio sopra la povera, la quale non ha mezzi di far delle oblazioni, e renderebbesi in conseguenza l' arbitra del prezzo; ciò che sarebbe una manifesta ingiustizia.

ARTICOLO IV.

Dell' effetto della divisione de' beni della comunione, e della garentia che esso produce.

§ 1. *Dell' effetto della divisione.*

711. Secondo i principj della nostra giurisprudenza francese, che in ciò differiscono da quelli del diritto romano, le divisioni non sono riguardate come titoli di acquisto, ma come atti che non hanno altro effetto, che quello di determinare la parte indeterminata ed indivisa di ciascuno dei condividenti ne' beni da dividersi, alle sole cose, che mediante la divisione cadono nelle porzioni rispettive di ciascuno di essi.

Secondo questi principj, la divisione de' beni della comunione, che si fa fra il marito o i suoi eredi per una parte, e la moglie o i suoi eredi per l' altra, non ha altro effetto, che di determinare la porzione indeterminata ed indivisa, che ciascuna parte ha ne' beni della comunione, alle sole cose, che cadono nella sua porzione.

In conseguenza il marito è riputato aver acquistato per solo suo conto, e per pagarsi della sua porzione nella comunione, tutti i coacquisti caduti nella sua porzione, ed esserne stato sempre solo proprietario senza niente aver avuto da sua moglie, nè dai di lei eredi; è riputato al contrario non esser mai stato proprietario in suo proprio nome, per alcuna parte, di quelli caduti nella porzione di sua moglie o dei di lei eredi, e non avervi giammai avuto altro diritto, che quello ch' egli ebbe nella sua qualità di capo della comunione nel decorso di tempo, che essa ha durato.

Egualmente si reputa, che la moglie abbia acquistato col mezzo di suo marito, per solo conto di lei e per pagarsi della sua porzione nella comunione, tutti i beni caduti nella sua porzione, ed essere stata sola proprietaria sin dal tempo degli acquisti, senza aver nulla ricevuto da suo marito; ed al contrario non aver giammai avuto parte in quelli caduti nella porzione di lui.

712. A riguardo de' beni proprj mobilizzati, allorchè questi per l' effetto della divisione cadono nella porzione della parte, che li ha *mobilizzati*, viene questa riputata esserne sempre stata sola proprietaria, collo stesso titolo, che essa aveva allorchè li ha conferiti nella comunione. Allorchè poi cadono nella porzione dell' altra parte, questa è riputata averli acquistati fin dal tempo, che essi sono stati conferiti nella comunione, ed esserne stata sola proprietaria da questo tempo.

713. La licitazione è un atto, che tien luogo di divisione, allorchè una delle parti licitanti rendesi aggiudicataria del fondo licitato; in questo caso essa ha lo stesso effetto della divisione. La parte, che si è resa aggiudicataria del fondo licitato, quando anche fosse questo il solo fondo che componesse tutto l'immobile della comunione, è riputata nulla aver conseguito dall'altra parte nel fondo di cui essa si è resa aggiudicataria, ed esserne sempre stata proprietaria pel totale coll'obbligo di pagare all' altra

parte la sua porzione del prezzo della licitazione.

L'altra parte licitante, che non è aggiudicataria, è riputata non avere giammai avuto alcuna porzione del fondo aggiudicato. Essa aveva bene una parte indivisa nell'universalità de'beni immobili della comunione, la quale parte era un diritto immobiliare; ma l'universalità de' beni immobili della comunione, essendo qualche cosa di distinto mentalmente dagli individui che la compongono, questa porzione non è giammai stata determinata ad alcuno degli individui, che la componevano; e colla licitazione questa parte non si è determinata ad alcun fondo, ma solamente alla porzione del prezzo della licitazione, che è dovuta a questa parte; ed in conseguenza essa è riputata non aver giammai avuto parte nel fondo licitato.

Allorchè uno de' condividenti si è reso aggiudicatario, ancorchè sieno state ricevute delle offerte estranee, non viene perciò meno riguardata la licitazione come un atto che tien luogo di divisione; ma allorchè l'estraneo si è reso aggiudicatario, non può mettersi in dubbio in questo caso, che la licitazione sia una vera vendita del fondo, fatta dalle parti licitanti a questo estraneo aggiudicatario.

714. Allorchè una delle parti abbia venduto all' altra la sua porzione indivisa in tutti o in alcuno de' coacquisti della comunione, quest'atto, ancorchè concepito nella forma e ne'termini di una vendita, è riputato non essere altra cosa, che un atto dissolutivo della comunione, che esisteva fra loro per rapporto a questi coacquisti; si presume che le parti si sieno malamente espresse dicendo che l'una vendeva all'altra la sua porzione nei detti coacquisti, ma non aver inteso fare altra cosa, se non determinare il diritto indiviso che ciascuna aveva nei detti coacquisti; cioè il diritto dell'una al totale dei detti coacquisti, e quello dell' altra alla somma che quegli, a cui i fondi rimangono pel totale, si è obbligato di pagarle.

Veggasi sulla natura e su gli effetti delle divisioni, licitazioni ed altri atti, che vi tengon luogo, ciò che noi ne abbiam detto nel nostro *Trattato del Contratto di società*.

§ 2. *Dell'obbligo di garentia che produce la divisione.*

715. Le divisioni sono atti ne'quali più che in qualunque altro richiedesi l'eguaglianza. Ne'contratti commutativi che si fanno tra maggiori, e nei quali non vi è stato nè dolo nè violenza, non si fa luogo alla rescissione per solo fatto della lesione, se non quando la parte, che querelasi del contratto, lo è stata di più della metà di ciò che doveva avere. Al contrario, quantunque un atto di divisione sia stato fatto tra maggiori, e che non vi sia stato alcun dolo nè violenza, ci basta, onde la divisione sia sottoposta alla rescissione, che la parte, che muove querela, sia stata lesa solamente oltre il quarto di ciò, che doveva ricevere colla divisione.

Secondo questo principio, allorchè il superstite di due conjugi e gli eredi del predefunto hanno diviso i beni della comunione, se una delle parti è stata lesa con questa divisione, *puta*, perchè i beni di cui componevasi la massa non sono stati stimati nella stessa proporzione, essendo stati stimati troppo cari quelli caduti nella sua porzione, ed a troppo vil prezzo quelli caduti nella porzione dell'altra parte, essa sarà ben fondata a chiedere la rescissione della divisione, semprechè provi che questa lesione ecceda il quarto di ciò, che doveva a lei toccare.

Per essere ammesso a quest'azione rescissoria bisogna ottenere delle lettere di rescissione della cancelleria del tribunale (*Palais*) tra dieci anni dopo la divisione.

716. La stessa ragione di eguaglianza, che deve regnare nelle divisioni, produce pure fra il superstite e gli eredi del predefunto, che hanno diviso i beni della comunione, un obbligo reciproco di garentia de' beni caduti nelle loro rispettive porzioni, col quale ciascuna parte obbligasi verso l'altra di garantirla dalle evizioni, che essa potrebbe soffrire dopo la divisione, a riguardo di alcuno de' beni caduti nella sua porzione.

Egli è evidente che per l'evizione, che l'una delle parti soffre di una cosa caduta nella sua porzione, troverebbesi lesa l'eguaglianza, che deve

regnare nelle divisioni, se l'altra parte non se ne rendesse garante. Supponiamo, per esempio, che il superstite e l'erede del predefunto abbiano diviso ciascuno per metà i beni della comunione, l'ammontare de'quali ascendesse a cento mila lire, e che sia caduta nella porzione del superstite una casa calcolata dieci mila lire, la quale dopo la divisione sia stata evinta da un terzo; egli è evidente che l'eguaglianza trovasi lesa, avvegnachè con questa evizione è ridotta la sua porzione a 40,000 lire, mentre la porzione dell'erede del predefunto, che non ha sofferto evizione, è di 50,000; egli è dunque d'uopo, per fare il conguaglio, che l'erede del predefunto garentisca al superstite, per la metà ch'egli aveva nella divisione de'beni della comunione, la metà delle dieci mila lire, per le quali gli era stata data nella divisione la casa di cui è stato evinto; con questo mezzo viene a formarsi il conguaglio, la porzione dell'erede del predefunto sarà ridotta a 45,000 lire, e quella del superstite, composta di 40,000 che gli restano e delle 5,000 che il detto erede gli restituisce, troverassi egualmente di 45,000.

717. Le evizioni di cui i condividenti sono garanti l'uno verso l'altro, sono quelle per le quali eravi una causa, o per lo meno un germe esistente al tempo della divisione. Per esempio, se nella divisione de' beni della comunione fatta fra il superstite e l'erede del predefunto, sia caduto nella porzione di una delle parti un fondo che era ipotecato ad un terzo, e che dopo la divisione la parte, nella porzione della quale il fondo è caduto, ne sia stata evinta in virtù di un'azione ipotecaria del creditore, che aveva questo diritto d'ipoteca, l'altra parte sarà garante verso di essa di questa evizione; imperciocchè il diritto d'ipoteca, che aveva il creditore sul fondo, e che è stata la causa dell'evizione, esisteva prima della divisione.

Similmente, allorchè una persona, che non aveva figli, mi ha fatta donazione di un fondo durante la comunione con mia moglie, il quale è entrato nella comunione, e che dopo la divisione, che io ho fatte coll'erede di mia moglie, de'beni di questa comunione, è caduto nella porzione di quest'erede; se dopo la divisione è sopravvenuto un figlio al donante per cui la donazione è stata rivocata, e lo erede di mia moglie, nella porzione del quale è caduto il fondo, è stato evinto, io sono garante verso lui di quest'evizione: avvegnachè la tacita condizione di rivocazione, che racchiudeva la donazione, che mi è stata fatta in caso di sopravvegnenza di figli, è il germe che ha prodotta l'evizione sofferta dall'erede di mia moglie, e questo germe è anteriore alla divisione.

718. Quantunque la causa dell'evizione sofferta da una delle parti dopo la divisione sia anteriore a questa divisione, se essa è di tal natura, che la parte, che l'ha sofferta, vi si sia sottoposta nella divisione, non havvi luogo a garentia di sorte. Per esempio, se nell'atto della divisione è stato dichiarato che un fondo compreso nella massa de'coacquisti della comunione, era riversibile a dei terzi alla fine di un certo tempo, o in caso di esistenza di una certa condizione, la parte nella porzion della quale è caduto il fondo, non avrà alcun regresso di garentia per l'evizione, ch'essa avrà sofferta, sia per l'esistenza della condizione, sia per la scadenza del tempo in cui questo fondo era riversibile; avvegnachè colla dichiarazione, che è stata fatta nell'atto della divisione, che questo fondo era soggetto a tale riversione, la parte, nella porzione della quale egli è caduto, è stata gravata di questa specie di evizione. La parte evinta non soffre in ciò alcuna lesione per causa della divisione; imperciocchè la somma, per la quale il fondo le è stato dato nella divisione, non è che il prezzo di ciò che questo fondo valeva, avuto riguardo a questo peso, e non già il prezzo ch'esso avrebbe valuto, se il diritto, che la comunione vi aveva, fosse stato di proprietà perpetua.

Ma se la parte, che è stata gravata di questa specie di evizione, prima della riversione soffrisse evizione del fondo per un'altra causa alla quale essa non era sottoposta, vi sarebbe luogo a garantia.

Similmente se il fondo toccato ad

una delle parti era riversibile alla fine d'un tempo più corto di quello dichiarato nell'atto di divisione, l'altra parte debbe esser garante per la sua porzione di ciò, che il fondo avrebbe dovuto essere stimato di meno.

719. Non v'è luogo a garentia allorquando l'evizione, che una parte ha sofferta di una cosa caduta nella sua porzione, proceda da una causa sopravvenuta dopo la divisione. Per esempio, se per fare una pubblica strada sia stato preso ad una delle parti un pezzo di terreno caduto nella sua porzione, quand'anche non avesse potuto ottenere dal fisco alcuna indennizzazione, questa evizione, la cui causa è sopravvenuta dopo la divisione, non potrà dar luogo ad alcuna garentia. La ragione si è, che dopo la divisione le cose cadute nelle rispettive porzioni sono a rischio della parte cui esse sono toccate; la cosa, non essendo divenuta soggetta all'evizione sofferta che dopo la divisione, e non essendo punto soggetta a questa evizione in tempo della divisione, essa non racchiudeva alcuna ineguaglianza, che possa dar luogo alla garentia.

720. La garentia alla quale dà luogo l'evizione, che una parte ha sofferta per una causa anteriore, non avendo altro oggetto che di ristabilire l'eguaglianza, che trovasi lesa da quest'evizione, la parte, che è tenuta alla garentia verso quella che ha sofferto l'evizione, non è tenuta ad altra cosa che a tenerle conto, per la sua porzione, della somma per la quale la cosa di cui è stata evinta le è stata data nella divisione, come l'abbiamo veduto *supra*, *n*. 716.

Ne viene da questo principio, che per regolare l'obbligo di questa garentia non si ha riguardo che alla somma per la quale la cosa è stata data in divisione alla parte, che dipoi ne è stata evinta, quand'anche la cosa fosse di un valore molto maggiore in tempo della evizione; in ciò questa garentia differisce da quella, che nasce da un contratto di vendita o da altro contratto commutativo. La ragione è, che quest'ultima trae origine dall'obbligo, che il venditore contrae verso l'acquirente di fargli avere per sempre la cosa, che gli ha venduta, *praestare emptori rem habere licere*: quest'obbligo racchiude, *omne quod emptoris interest*, *quominus rem habere liceat*, ciò che comprende quanto la cosa vale al tempo dell'evizione al di là del prezzo pel quale essa è stata venduta.

Al contrario, i condividenti non contraggono già l'uno verso l'altro un obbligo preciso *praestare invicem rem habere licere*; essi non si obbligano ad altra cosa, che a ristabilire l'eguaglianza, qualora questa si trovasse lesa in virtù delle sopravvenute evizioni. Noi abbiamo più diffusamente spiegato secondo i principj di Molineo, nel nostro *Trattato del Contratto di Vendita*, n. 632, la differenza di queste due specie di garentia.

721. L'obbligo reciproco di garentia, che i condividenti contraggono l'uno verso l'altro, non estendesi solamente alle evizioni; egli riportasi pure ai pesi reali a'quali qualche fondo compreso nella divisione trovavasi fin d'allora soggetto, e che non sono stati dichiarati nell'atto della divisione; questa garentia obbliga la parte, che ne è risponsabile, a tener conto per la sua porzione a quella nella cui porzione è caduto il fondo soggetto a questo peso, di ciò, che questo fondo sarebbe stato stimato di meno, avuto riguardo a questo peso se fosse stato dichiarato.

Bisogna eccettuare da questa garentia i pesi, che sono di diritto comune, come sarebbero quelli dei diritti feudali; questi fondi caduti nelle rispettive porzioni delle parti essendo riputati essere stati dati nella divisione con questi pesi ancorchè non sieno stati espressi. *Veggasi* il nostro *Trattato del Contratto di Vendita*, *parte* II, *cap*. 1, *sez*. 3, § 1.

Bisogna similmente eccettuarne le servitù visibili: dovendosi presumere che non essendo state ignorate da quelli, che hanno fatta la stima del fondo soggetto alla servitù, questo fondo sarà stato stimato secondo ciò, che poteva valutarsi, avuto riguardo a questo peso.

722. L'obbligo di garentia, che nasce dalla divisione, estendesi anche ai vizj redibitorj delle cose comprese nel-

la divisione, che non sieno stati dichiarati; essa obbliga la parte soggetta a questa garentia a tener conto, per la sua porzione, a quella parte a cui sono cadute in porzione le cose affette da questi vizj di quanto esse sarebbero state stimate di meno se questi vizj fossero stati conosciuti in tempo della divisione.

723. Finalmente nella divisione dei beni della comunione, che si fa tra il superstite e gli eredi del predefunto, come pure nelle altre divisioni, la garentia estendesi all' insolvibilità dei debitori dei crediti e delle rendite comprese nella divisione.

Riguardo a ciò bisogna osservare la differenza che vi è fra i crediti di somme esigibili, e le rendite. La parte alla quale nella divisione è toccato un credito di una somma esigibile, non ha regresso di garentia per l'insolvibilità del debitore, se non quando questi o era di già insolvibile in tempo della divisione, o lo è divenuto prima della scadenza del tempo necessario alla parte, a cui il credito è toccato, per farsene pagare, ed essa deve giustificare questa insolvibilità, mediante diligenze da lei fatte contro il debitore prima della scadenza di questo tempo. Se l' insolvibilità non è sopravvenuta che dopo, essa non ha alcun regresso di garentia: deve quindi imput re a se stessa di non essersi fatta pagare in tempo, che il debitore era ancora solvibile; il suo condividente non deve soffrire per la negligenza, ch' essa ha usato nel farsi pagare.

Al contrario, siccome questa ragione non milita riguardo alle rendite, perchè il creditore non può esigerne il capitale, in qualunque tempo sopravvenga l' insolvibilità del debitore della rendita, fossero anche più di cento anni dopo la divisione, la parte nella porzione della quale essa è caduta, o i suoi rappresentanti hanno un diritto di garentia contro l' altra parte o suoi rappresentanti, semprechè però ciò non sia avvenuto per negligenza della parte cui la rendita è toccata nella divisione, nè per quella de' suoi rappresentanti, *puta* col lasciar estinguere le ipoteche dalle quali questa vendita era accompagnata, per mancanza d'interrompere le prescrizioni, o di opporsi agli atti giudiziali riguardanti i fondi ipotecati, sul prezzo dei quali il creditore della rendita avrebbe potuto essere utilmente graduato, se avesse formata la sua opposizione.

Questa garentia alla quale io mi trovo tenuto verso il mio condividente, nella porzione del quale è compresa la rendita divenuta caduca, non mi obbliga precisamente a pagargli per la mia parte la somma per la quale questa rendita gli è stata data in divisione, ma solamente a continuargliela per la mia parte, qualora però io non creda meglio di pagargli per la mia parte la somma per la quale essa gli è stata data nella divisione, e devo pure sì nell' uno, che nell' altro caso pagargli per la mia parte gli arretrati dei quali esso non ha potuto esser pagato dal debitore.

Questa specie di garentia, che ha luogo nelle divisioni, e la quale estendesi fino a garentire la solvibilità dei debitori delle rendite o altri crediti compresi nella divisione, ha, in quanto a ciò, maggiore estensione, che quella, che nasce da un contratto di vendita; imperciocchè, come l' abbiamo veduto nel nostro *Trattato del Contratto di Vendita, part.* VI, *cap.* 3, *art.* 3, il creditore di una rendita o altro credito non è punto garante per la natura del contratto, della solvibilità del debitore, se egli non vi si obbliga con una clausola particolare. La grande eguaglianza, che deve regnare nelle divisioni, ha fatto introdurre questa specie di garentia.

Si opporrà forse, che la grande eguaglianza, che deve regnare nelle divisioni, può con ragione esigere, che i condividenti sieno reciprocamente garanti della solvibilità presente dei debitori delle rendite ed altri crediti caduti nelle loro porzioni rispettive; avvegnachè una rendita o altro credito, il cui debitore era di già insolvibile in tempo della divisione, non essendo da quel momento del valore della somma per la quale essa è stata data ad una delle parti, la divisione conterrebbe una ineguaglianza, se l' altra parte, a cui non sono toccati che de' buoni effetti, non ne fosse verso di essa garante.

Sembra però che la garentia della solvibilità futura di questi debitori non sia necessaria per l' eguaglianza, che deve regnare nelle divisioni; imperciocchè ei basta, che il debitore del credito caduto nella mia porzione sia stato solvibile in tempo della divisione, perchè questo credito abbia potuto allora esser valutato per la somma per la quale mi è stato dato, e perchè in conseguenza vi sia stata eguaglianza nella divisione.

Dunque si dirà, la garentia della solvibilità futura non è necessaria per l' eguaglianza, che deve regnare nelle divisioni; al contrario essa sembra opposta ad un altro principio, cioè che dopo la divisione le cose cadute nelle porzioni rispettive di ciascuno dei condividenti sono a rischio di colui nella porzione del quale esse sono cadute. Secondo questo principio, se io non ho alcun regresso di garentia contro il mio condividente per gli accidenti di forza maggiore sopravvenuti dopo la divisione, come sarebbe il fulmine, il terremoto ed altri simili, i quali hanno distrutta una casa caduta nella mia porzione, per qual ragione il mio condividente lo avrà contro di me per l' insolvibilità del debitore, che ha ridotto a nulla il credito caduto nella sua porzione, allorchè quest' insolvibilità è un accidente, che non è sopravvenuto, che dopo la divisione?

La risposta a questa obbiezione è, che avvi una differenza tra le cose corporali, come una casa, un podere, un bastimento ec., e dei crediti. Le cose corporali hanno in se stesse sole tutto ciò, che esse hanno di realtà; perciò allorquando una casa, per esempio, è caduta, per la divisione, nella mia porzione, ricevendo questa casa mediante la consegna, che me ne vien fatta nell' atto della divisione, io ho ricevuto la cosa, e tutta la realtà effettiva della cosa caduta nella mia porzione; io non posso adunque avere alcuna azione di garentia a riguardo di questa casa, semprechè però io non ne sia stato evinto per una causa anteriore alla divisione. Al contrario un credito essendo una cosa, che non sussiste senonchè mentalmente, tutto ciò, che esso ha di realtà, consiste nella cosa dovuta, che ne fa l' oggetto, questa cosa dovuta è quella, che si considera nel credito, e che ne forma tutta la realtà effettiva. D' onde segue che allorquando un credito cade nella porzione di uno de' condividenti, questo condividente non riceve ciò, che egli ha di realtà nel credito a lui toccato, se non allorquando, col pagamento, che gliene vien fatto, ei riceve la cosa dovuta, che era l' oggetto di questo credito, e che ne faceva la realtà effettiva. Se dunque per l' insolvibilità del debitore, quantunque essa non sia sopravvenuta che dopo la divisione, ei non ha potuto esser pagato, deve avere regresso di garentia perchè non ha ricevuto le realtà della cosa caduta nella sua porzione; semprechè però non sia stato per sua negligenza ch' egli non l' abbia ricevuta, avendo avuto un tempo sufficiente per farsi pagare mentre il debitore era solvibile.

Similmente le rendite costituite, essendo degli enti successivi, che non sussistono che mentalmente, e la cui realtà consiste nelle somme di danaro, che il creditor della rendita riceve per le annualità, ed in quella ch' egli riceve per lo riscatto quando il debitore vuol liberarsene, la parte, a cui è toccata una rendita nella divisione, è riputata non aver ricevuto ciò, che forma la realtà della cosa caduta nella sua porzione allorchè per l' insolvibilità del debitore della rendita, in qualunque tempo ella sopravvenga, ei non può ricevere nè le annualità, nè il capitale della sua rendita, e deve in conseguenza farsi luogo alla garentia.

724. L' obbligo reciproco di garentia, che i condividenti contraggono, essendo bensì della natura delle divisioni, ma non della loro essenza, il superstite e gli eredi del predefunto, che dividono i beni della comunione, possono liberarsene, sia con una clausola apposta alla divisione, sia con una convenzione posteriore alla divisione.

Possono anche le parti ristringere e modificare questa garentia, *puta* convenendo che esse saranno bensì garanti delle evizioni delle cose cadute nelle rispettive porzioni; ma che

non saranno però garanti delle caducità delle rendite, che sopravverranno dopo la divisione; ovvero convenendo che la garentia non avrà luogo, che fino ad un certo tempo.

Ciò non ostante queste convenzioni non sono valide, se non qualora sieno fatte di buona fede. Se l' una delle parti, che hanno fatta questa convenzione, aveva conoscenza della causa, che dava luogo a temere l' evizione di una delle cose comprese nella divisione, e che essa avesse dissimulata questa conoscenza all' altra parte, cui questa cosa è caduta nella divisione, sarebbe questo un dolo, che renderebbe la convenzione viziosa, e la parte, che in seguito verrebbe a soffrire l' evizione di questa cosa, potrebbe far rescindere la convenzione colla quale le parti si sono liberate dalla garentia delle evizioni.

725. Da queste obbligazioni di garentia nasce un' azione, che ciascuna delle parti ha contro il suo condividente, e per la quale essa ha un'ipoteca privilegiata sui beni compresi nella divisione, e caduti nella porzione del suo condividente. Di più allorchè la divisione è stata fatta con atto notariale, essa ha un' ipoteca generale su tutti beni del suo condividente dal giorno dell' atto di divisione.

PARTE QUINTA

IN QUAL MODO IL MARITO E LA MOGLIE, ED I LORO EREDI SIENO TENUTI A' DEBITI DELLA COMUNIONE DOPO LO SCIOGLIMENTO DI ESSA.

726. Il marito o i di lui eredi, e la moglie o gli eredi suoi, dopo lo scioglimento della comunione sono tenuti tra essi a tutti i debiti della medesima, qualunque sia la loro origine, ciascuno per la metà; cioè il marito o i di lui eredi per una metà, e la moglie o gli eredi di lei per l' altra; tranne però, che la moglie o i di lei eredi non ne sono tenuti, che fino allo ammontare di ciò, ch' ella o i di lei eredi hanno avuto dalla massa dei beni della comunione, in guisa che se ciò, che ne trassero, non è sufficiente a soddisfare questa metà dei debiti, il marito o i di lui eredi sono obbligati a pagarne il rimanente.

Vedremo nei due primi articoli di questo capitolo, com' eglino ne sieno tenuti verso de' creditori: 1.° riguardo al marito o a' di lui eredi; 2.° riguardo alla moglie o agli eredi di lei. Tratteremo, nel terzo articolo, del privilegio, che ha la moglie o i di lei eredi, di non essere obbligata a' debiti senonchè sino alla concorrenza di ciò che hanno profittato su i beni della comunione. Nel quarto articolo parleremo dell' azione ipotecaria, che ha luogo contro la moglie detentrice dei conquisti. Finalmente nel quinto articolo tratteremo delle indennità rispettive, che il marito e la moglie hanno l' un verso l' altro a cagione di questi debiti.

ARTICOLO PRIMO.

In qual modo il marito o i di lui eredi sieno tenuti a' debiti della comunione dopo che questa è disciolta.

727. Quando il marito ha contratto dei debiti prima del suo matrimonio, che sono poi ricaduti nella sua comunione, non v' ha dubbio ch' ei ne rimane sempre debitore per la totalità verso quei creditori co' quali ei gli ha contratti, siccome lo era prima del suo matrimonio, e avanti che questi debiti fossero caduti nella sua comunione. Imperciocchè la comunione di beni, ch' esso ha contratta colla moglie, e nella quale sono caduti siffatti debiti, è una cosa affatto estranea ai creditori, e che non poteva in

verun modo diminuire il diritto, che essi hanno contro la persona del marito, che si è personalmente verso loro obbligato.

728. È lo stesso riguardo a' debiti delle eredità pervenutegli tanto prima che dopo il suo matrimonio. Sebbene cotali debiti sieno caduti nella sua comunione, quantunque tutti i beni delle predette eredità vi sieno caduti, ei non lascia però di esser tenuto verso di essi per lo totale di quanto si è reso debitore verso i medesimi accettando la qualità di erede; conciossiachè la comunione di beni, nella quale egli ha portati cotesti debiti, come anco i beni delle predette eredità, non distrugge punto e non altera in verun modo la sua qualità di erede e di successore *in universum jus defuncti*, che è inseparabile dalla di lui persona, e che lo rende soggetto a' detti debiti.

Questo caso è simile a quello in cui un erede trasferisce in taluno i suoi diritti di successione: questa traslazione non lo esonera punto in faccia ai creditori della eredità, imperocchè la sua qualità di erede, che ne lo rende debitore, rimane sempre, malgrado la traslazione, nella sua persona da cui essa è inseparabile, come lo abbiamo veduto nel nostro *Trattato del Contratto di Vendita*, n. 529.

729. Rapporto ai debiti contratti dal marito durante la comunione, agitossi altre volte la quistione, se il marito ne restasse debitore per lo totale verso dei creditori, dopo lo scioglimento della comunione, oppure, se ne rimanesse debitore soltanto per la metà. Bacquet nel suo trattato *dei dritti di giustizia*, opina non esserne più debitore, che per metà. Ecco su che appoggiava la sua opinione. Il marito, diceva egli, ogniqualvolta contratta e si obbliga durante la comunione, si reputa ch' ei contratti e si obblighi soltanto nella sua qualità di comune e capo della comunione, il che l' obbliga, per verità, per lo totale verso dei creditori, fintantochè sussiste la sua qualità, vale a dire finchè dura la comunione; ma codesta sua qualità venendo a svanire collo scioglimento della comunione, ed il marito non essendo più allora in comunione che per la metà, Bacquet ne conclude non esser egli più tenuto a cotali debiti, che per questa sola metà. Ciò nulla ostante prevalse la contraria opinione, nè si revoca più in dubbio oggidì, che il marito in faccia a' creditori rimanga, dopo lo scioglimento della comunione, debitore della totalità dei debiti da esso contratti nel tempo della comunione medesima. L' opinione di Bacquet era fondata sopra un falso principio. Non è vero che il marito ne' contratti, che fa durante la comunione, si obblighi soltanto nella sua qualità di conjuge in comunione, e di capo della medesima; egli contrae e si obbliga altresì in suo proprio nome. Tutti coloro, che contraggono senza esprimere in qual qualità, essendo riputati contrarre in loro proprio nome, le persone che con essi contrattano, considerano più la loro propria persona, che la loro qualità di conjugi in comunione di beni, *ejus solius fidem sequuntur*.

Ciò agevolmente comprendesi qualora il marito solo abbia contrattato. Ma sarebb' egli lo stesso se fatto lo avesse unitamente alla sua moglie senza alcuna solidalità? Sarebbe egli in questo caso debitore per lo totale verso del creditore dopo lo scioglimento della comunione? La ragione di dubitarne si è, che s' egli fosse obbligato congiuntamente a tutt' altri, che alla sua moglie, senza alcuna menzione di solidalità, lo si riterrebbe obbligato soltanto per la sua parte. Nondimeno comunemente decidesi che anche nel caso, che il marito siasi obbligato unitamente alla sua moglie, senza menzione di solidalità, si ritiene ch' egli siasi obbligato per la totalità; e quindi, sciolta la comunione, ei rimane debitore del totale verso il creditore. Imperciocchè quando si fa concorrer la moglie nell' obbligazione del marito, l' intenzione delle parti è di procurare una maggior sicurezza al creditore piuttosto, che di dividere e attenuare l' obbligazione del marito.

730. Quanto ai debiti della comunione, che il marito non ha personalmente contratti, ma che derivano da parte della moglie, come sono quelli, ch' essa ha contratti prima del suo matrimonio, e quelli delle eredità a

lei pervenute durante la comunione, nella quale sì i beni, che i debiti delle predette eredità sono caduti, alcuni opinano, che il marito essendo già stato debitore del totale di questi debiti verso de' creditori nella sua qualità di capo della comunione, egli continui ad esserlo dopo il di lei scioglimento. Io penso, al contrario, che il marito non avendo personalmente contratti siffatti debiti, e non essendovi stato soggetto, che nella sua qualità di capo e padrone della comunione, cotesta qualità venendo a ristringersi in forza dello scioglimento della comunione, quando questa è accettata dagli eredi della moglie, a quella di socio in comunione per la metà, egli non deve più rimaner debitore che per la sola metà verso de' creditori; salvo che, se i beni della comunione toccati nella divisione agli eredi della moglie, non fossero sufficienti a pagare l' altra metà, egli sarebbe tuttora obbligato verso i creditori di quanto mancasse, come lo è verso i predetti eredi.

Questa è la differenza, che passa fra i debiti, che si contraggono in una certa qualità e quelli, che si contraggono in proprio nome. Questi ultimi non si aboliscono mai fino a che non sieno del tutto soddifatti, *cum nemo propriam personam exuere possit*; al contrario quelli, che si contraggono in una certa qualità, non sussistono, che in quanto e per quella sola parte per la quale sussiste la qualità in cui sono stati contratti. Noi abbiamo riportato un esempio di tal differenza nel nostro *Trattato delle Obbligazioni*, n. 381. Abbiamo ivi veduto, che quando un minore si è fatto restituire in intiero contro una obbligazione da esso contratta in suo proprio nome, i di lui fidejussori non ne sono però esonerati, avvegnachè il benefizio della restituzione non poteva distruggere l' obbligazione, ch' egli in proprio nome ha contratta; cotesto beneficio gli procura soltanto una eccezione contro l' azione, che ne nasce, la quale eccezione essendo a lui personale, non può passare ai suoi fidejussori. Al contrario, quando un minore ha contratta una obbligazione nella qualità di erede, che aveva, e che siasi fatto restituire contro l' accettazione da lui fatta della eredità, la qualità di erede, con la quale aveva contratta siffatta obbligazione, venendo ad essere distrutta per la restituzione in intiero, cotesta obbligazione più non sussiste, come neppur quella de' suoi fidejussori, la quale non può sussistere senza l' obbligazione principale.

Lo Statuto di Melun contiene una disposizione conforme al nostro parere: leggesi in esso, *art.* 216: *il marito è tenuto a tutti i debiti mobiliari da essa* (sua moglie) *contratti prima del matrimonio, pei quali può essere validamente citato davanti i tribunali durante il matrimonio per la loro totalità, dopo lo scioglimento di esso, per la metà solamente.* Questo è pure il sentimento di Lebrun, *l.* 2, *cap.* 3, *sez.* 1, *n.* 18.

Quanto noi abbiamo detto intorno al modo nel quale il marito soggiace a' varj debiti della comunione verso i creditori, deve parimenti applicarsi ai di lui eredi.

ARTICOLO II.

In qual modo la moglie o i suoi eredi soggiacciano ai debiti della comunione verso i creditori.

731. La moglie, sciolta la comunione, sia che l'abbia accettata, sia che abbiavi rinunciato, continua ad essere debitrice per lo totale verso i creditori, dei debiti della comunione, che essa ha personalmente contratti, tanto avanti, che dopo il suo matrimonio, come anco di quelli delle eredità a lei pervenute. I motivi da noi esposti riguardo al marito, *supra*, n. 727 e 728, si applicano parimenti alla moglie.

732. Allorchè la moglie, durante il matrimonio, non ha contrattato essa sola ma congiuntamente al marito senza veruna menzione di solidalità, quantunque si reputi in questo caso, che il marito siasi obbligato pel totale, tuttavia, come abbiam veduto, n. 729, si reputa, che la moglie non siasi obbligata, che per la metà, quindi non esser ella debitrice verso il creditore che di questa sola metà.

Del resto, ella è tenuta verso il cre-

ditore anche nel caso di rinunzia alla comunione. Essendosi una volta obbligata in di lei proprio nome, niente può dispensarla dal suddisfare la sua obbligazione nemmeno la cassazione del suo matrimonio, che fosse intervenuta dappoi. Sentenza del 2 luglio 1709, riferita dall' autore del *Trattato de' Contratti di Matrimonio*.

733. Riguardo a tutti gli altri debiti della comunione, che la moglie non ha contratti ella stessa, ed a' quali essa non soggiace, che nella sua qualità di comune, essa non n' è debitrice, che per metà verso i creditori dopo lo scioglimento della comunione, che ella abbia accettata.

Anzi non è tampoco debitrice di questa metà senonchè fino alla concorrenza di ciò, ch' ella ha avuto dai beni della comunione, come il vedremo nel seguente articolo.

Quanto abbiamo detto della moglie si applica pure ai di lei eredi.

ARTICOLO III.

Del privilegio, che hanno la moglie ed i di lei eredi, di non soggiacere a' debiti della comunione senonchè in proporzione del profitto, che ne hanno ricavato.

734. Avendo il marito, durante il matrimonio, nella sua qualità di capo della comunione, il potere di dissiparne i beni e caricarli di debiti, senza la partecipazione di sua moglie, senza ch' ella possa impedirlo, la giurisprudenza ha provveduto alla conservazione de' beni proprj della moglie col non permettere al marito di poterli obbligare pe' debiti della comunione.

A tale effetto essa accorda alla moglie ed a' suoi eredi, due specie di beneficj: 1.° quello di poter rinunziare alla comunione per esonerarsi dai debiti di essa (noi ne abbiamo parlato, *part.* III, *cap.* 2, *art.* 2); 2.° quello di non essere tenuta che fino all' ammontare de' beni, ch' ella o essi hanno avuti dalla comunione. Su questa pratica fu stabilito l' *art.* 228 del nuovo Statuto di Parigi, ov' è detto: *il marito non può, per qualsivoglia contratto ed obbligazione fatta prima o durante il matrimonio obbligare sua moglie senza il di lei consenso per più di quello, ch' essa o i di lei eredi profittano ne' beni della comunione, purchè però, seguita la morte di uno de' conjugi, sia fatto un esatto e legale inventario, e che non v' intervenga frode nè colpa per parte della moglie o de' suoi eredi.* Lo Statuto di Orleans contiene una simile disposizione alla fine dell' *art.* 187.

Questo privilegio ha luogo anche in quegli Statuti, che non si sono spiegati a tale proposito, giusta le decisioni riportate da Brodeau sopra Louet, *Lett.* C, *cap.* 54.

Noi osserveremo sopra questo privilegio; 1.° in che cosa esso differisca dal beneficio d' inventario, che è accordato agli eredi per accettare una successione sospetta; 2.° contro quali persone, e riguardo a quali debiti esso abbia luogo; 3.° sotto quali condizioni; 4.° tratteremo del conto, che debbono rendere ai creditori la moglie o i suoi eredi, per godere di un tale privilegio.

§ 1. *In che consista questo privilegio, ed in che differisca da quello del beneficio d' inventario.*

735. Questo privilegio consiste nella facoltà, che hanno la moglie o i suoi eredi di esonerarsi dai debiti della comunione, tenendo conto di quanto ella o essi ne hanno profittato, e abbandonando quanto ancor loro ne resta.

Questo abbandono non distrugge però nella moglie la qualità di conjuge in comunione di beni come non la distrugge nei di lei eredi: e perciò la moglie, malgrado ch'essa abbia fatto un tale abbandono, non può esercitare la ricupera de' beni da lei conferiti, che non le è stata accordata nel suo contratto di matrimonio, che nel solo caso di rinunzia alla comunione.

736. Ma un siffatto privilegio dà egli soltanto alla moglie una eccezione contro i creditori? O giunge fino a darle la ripetizione contro a quel creditore, cui ella ha pagato per errore, al di là di ciò, che le rimaneva de' beni della comunione, allorchè glie-

ne fece il pagamento? Fa d'uopo distinguere: se il pagamento fu fatto soltanto a nome della moglie, ch' ebbe la precauzione di far dichiarare nella quitanza, che il creditore ha ricevuto per la parte, che a lei spettava nel debito, allora la moglie giustificando di avere pagato per errore al di là di quanto essa ha profittato ne' beni della comunione, le compete il diritto di ripetizione; perchè non era in alcun modo debitrice, non essendo personalmente obbligata a tal debito, nè avendo d' altronde il marito alcun potere di obbligarla, come in comunione di beni, al di là di ciò, ch' essa profitterebbe su i beni della comunione. Ora, ella è una massima di diritto, che un creditore è tenuto a restituire la cosa, che gli è stata pagata, tuttochè fossegli pur dovuta, quando non glien' è stato fatto il pagamento a nome di quello, che ne era il debitore, ma da colui ed a nome di colui, che credea per errore esserne debitore senza esserlo realmente: *Indebitum est non tantum quod omnino non debetur sed. . . . si id quod alius debebat alius quasi ipse debeat, solvit*; *l.* 65, § *fin. ff. de cond. indeb.*

Vice versa, quando il pagamento, che la moglie ha fatto di un debito della comunione, sembra essere stato fatto tanto a nome di suo marito, che in di lei proprio nome; per esempio, quand' ella abbia pagato l' intiero debito, o abbia dato delle somme in conto della totalità, e non già sulla di lei parte; in tal caso il creditore non soggiace ad alcuna ripetizione, avendo ricevuto quello, che gli era dovuto, ed a nome di quello, che ne era il debitore. La moglie non ha in questo caso alcun regresso, se non se contro gli eredi di suo marito.

737. Il privilegio della moglie è differente dal benefizio d' inventario, che la legge accorda a certi eredi per accettare una successione sospetta. Questo benefizio d' inventario dà agli eredi, che lo invocano, il diritto di non essere tenuti su i loro proprj beni pe' debiti della successione, e di fare sì che i creditori rivolgansi invece ai beni della successione de' quali gli eredi non si considerano, riguardo ai creditori, che come semplici amministratori.

Non è lo stesso riguardo al privilegio, che lo Statuto accorda alla moglie, quand' essa ha accettata la comunione. Questo non le dà punto il diritto di non esser tenuta ai debiti della comunione sopra i suoi beni proprj, ma quello soltanto di non soggiacervi, che fino all' ammontare di ciò ch' essa ha ritratto da' beni della comunione. Si può dunque procedere contro la moglie e su i di lei beni proprj per quella parte, che la riguarda ne' debiti della comunione, quando sia stata da lei accettata, e fino a tanto che essa ritenga qualche cosa de' beni provenienti della comunione medesima. Ella non può esserne altrimenti liberata, che col rendere esatto conto ai creditori che la molestano, di quanto essa ne ha tratto e coll' abbandonare il di più, che ancor le rimane. Noi tratteremo di questo rendi-conto nel quarto paragrafo.

Dicasi lo stesso degli eredi della moglie.

§ 2. *Rispetto a quali persone, e riguardo a quali debiti la moglie o i di lei eredi abbiano un tal privilegio.*

738. Il privilegio, che ha la moglie di non essere tenuta a' debiti della comunione, che sino all' ammontare di quanto essa ritrasse da' beni comuni, ha luogo non solamente verso gli eredi del marito, ma eziandio verso i creditori della comunione medesima.

1. Esso ha luogo verso gli eredi del marito: e però quando ciò, che la moglie ha avuto da' beni della comunione non basta per pagare la metà dei debiti, gli eredi del marito sono obbligati a supplire ciò, che vi manca; e se la moglie avesse pagato per la metà dei detti debiti, più di ciò ch' ella ritrasse da' beni della comunione, avrebbe regresso contro gli eredi del marito per essere soddisfatta di questo soprappiù.

2. Il privilegio ha luogo eziandio contro de' creditori. In conseguenza se un creditore domanda alla moglie il pagamento della metà di ciò, che gli è dovuto, essa può schermirsi di tale pretensione coll' offrire a questo creditore di rendergli conto di quanto

ella ha avuto e profittato sui beni della comunione, ed abbandonargli il rimanente; salvo al detto creditore il diritto di ricorrere pel soprappiù contro gli eredi del marito.

739. Osservasi rapporto a tale privilegio la notabile differenza che passa tra gli eredi del marito ed i creditori. La moglie non gode di questo privilegio a fronte de' creditori, senonchè riguardo a que' debiti della comunione, che il marito ha contratti da per se solo, ai quali essa non ha in verun modo concorso, e cui ella non è tenuta, che nella sola sua qualità di conjuge in comunione. Ciò risulta dall' articolo del surriferito Statuto di Parigi; ma rapporto a' debiti ch' ella stessa ha contratti, sia che li abbia contratti sola, sia che siasi obbligata congiuntamente al marito, essa non può far uso di tal privilegio contro de' creditori.

Al contrario in faccia agli eredi del marito, la moglie gode indistintamente di tal privilegio rispetto a tutti i debiti della comunione tanto riguardo a quelli che procedono da lei, quanto a quelli che il di lei marito ha contratti.

Se l'*art.* 228 dello Statuto di Parigi, che abbiamo riportato poc' anzi al n. 734, non parla che dei debiti contratti dal marito, ciò deriva dal non farsi parola in detto articolo di tal privilegio sennonchè verso de' creditori. Lo Statuto di Parigi ha omesso di spiegarsi sopra questo privilegio della moglie contro il marito ed i di lui eredi; ma si deve supplire a cotale silenzio coll' *art.* 187 dello Statuto di Orleans, riformato tre anni dopo dai medesimi commissarj. Dopo ciò ch' è detto in questo *art.* 187, in generale riguardo a tutti i debiti della comunione, e i quali debiti si dividono in forza dello scioglimento del predetto matrimonio, in guisa tale che detto superstite non ne possa esser tenuto che per la metà, ed i predetti eredi per l' altra metà, i riformatori aggiungono immediatamente ed indistintamente, *e nondimeno non è tenuta la moglie nè i di lei eredi, sennonchè fino all' ammontare de' beni della comunione.*

740. La moglie ha un tal privilegio non solamente riguardo ai debiti ai quali è soggetta la comunione verso de' terzi, ma similmente riguardo a quelli cui soggiace la comunione verso di lei. Per la qual cosa la moglie, che accetta la comunione, non confonde in se stessa la metà delle sue ricupere de' beni proprj dovutele dalla comunione, senonchè fino all' ammontare di ciò ch' ella ha avuto da' beni della comunione. Quando i beni non bastano a soddisfare dette ricupere, quello che di esse rimane a pagarsi deve essere soddisfatto sui beni proprj del marito o dei di lui eredi.

741. Quanto abbiamo detto della moglie si applica agli eredi di lei, i quali similmente non soggiacciono ai debiti della comunione, tanto riguardo ai creditori quanto riguardo al marito o suoi eredi, sennonchè fino all' ammontare di ciò, che hanno avuto de' beni della comunione.

§ 3. *Sotto quali condizioni venga accordato un tal privilegio alla moglie o a' suoi eredi.*

742. Lo Statuto di Parigi all' *art.* 228, riferito, n. 734, impone due condizioni alla moglie ed a' suoi eredi, perchè possano usare di tal privilegio. La prima è che si faccia, dopo lo scioglimento della comunione, un inventario de' beni della medesima; ciò ch' è prescritto dall' anzidetto articolo 228 in questi termini: *purchè però dopo la morte d' uno dei conjugi si stenda un esatto e legale inventario.*

Questo inventario che la moglie deve fare per non soggiacere a' debiti, *ultra vires*, accettando la comunione dev' essere eguale a quello che far dovrebbe per rinunciarvi; del che noi abbiamo trattato, *part.* III, *cap.* 2, *art.* 2, § 4.

Quanto ivi abbiam detto intorno a questo inventario è qui pure applicabile; quindi ivi rimettiamo i nostri lettori.

743. Quantunque la moglie non sia obbligata a fare inventario per rinunciare alla comunione, se non se nel caso che sciogliendosi la comunione per la premorienza del marito, ella si trovasse in possesso dei beni della comunione, e non avesse bisogno d' in-

ventario per rinunciare nel caso d'uno scioglimento in forza d'una sentenza di separazione; al contrario, in caso di accettazione, sia che lo scioglimento accada per la premorienza del marito, sia ch'esso avvenga in virtù di una sentenza di separazione di abitazione, la moglie per godere, riguardo a creditori, del privilegio di non soggiacere ai debiti della comunione senonchè fino alla concorrenza di quanto essa ne ha profittato, deve loro presentare un inventario. Il motivo della differenza è evidente. La moglie, che rinunzia alla comunione nel caso di una separazione, non essendo stata in possesso de' beni della comunione, non ha d'uopo di un inventario per giustificare in faccia ai creditori che essa nulla ne ritiene. Al contrario, nel caso di accettazione, sia che lo scioglimento della comunione sia avvenuto per la premorienza del marito, sia che avvenga per una sentenza di separazione, il privilegio, che ha la moglie di non essere tenuta ai debiti della comunione senonchè fino alla concorrenza di ciò ch'ella ne ha profittato, racchiude, per una conseguenza necessaria, l'obbligo di presentare ad essi un inventario, onde giustificare quanto asserisce di averne profittato.

744. Per la stessa ragione allorchè lo scioglimento della comunione accade per la premorienza della moglie, i di lei eredi, che accettarono la comunione, debbono presentare ai creditori un inventario onde godere del privilegio di non esser tenuti a' debiti della comunione, che fino all'ammontare di ciò, che ne hanno profittato, sebbene per rinunciarvi non abbiano d'uopo d'inventario. I termini ne' quali è concepito l'*art.* 228 dello Statuto di Parigi, stabiliscono la necessità di un inventario affinchè gli eredi della moglie godano di tal privilegio nel caso della premorienza della moglie: ivi è detto, *purchè dopo la morte di uno de' conjugi, sia fatto inventario*, ec. Questi termini indefiniti, *dopo la morte di uno de' conjugi*, comprendono il caso tanto della premorienza della moglie, quanto di quella del marito, e stabiliscono la necessità dell' inventario tanto per riguardo agli eredi della moglie, nel caso della di lei premorienza, quanto a riguardo della moglie nel caso della premorienza del marito.

745. L'inventario è assolutamente necessario riguardo ai creditori; ma non è precisamente necessario affinchè gli eredi della moglie possano godere di questo privilegio verso il marito. La divisione fatta tra il marito e gli eredi della moglie, de' beni tanto mobili che immobili della comunione, può al pari di un inventario provare ciò, ch'essi hanno profittato su i beni della comunione riguardo alla loro parte; prova che il marito non può impugnare, poichè emerge da un atto, in cui egli è intervenuto.

746. La seconda cosa che l'*art.* 228 esige è, *che non siavi colpa nè frode per parte della moglie o de' suoi eredi*.

Cotesta frode che, a' termini di detto articolo, fa decadere la moglie o i di lei eredi da tal privilegio, è quella, ch'essi commettono, sia col divergere sia coll' occultare o nascondere in qualsivoglia modo ai creditori una parte di ciò, ch'essi hanno profittato su i beni della comunione. In una parola, la frode che li fa decadere da un tal privilegio, è quella stessa, che li fa decadere da quello di poter rinunziare alla comunione, di cui abbiamo trattato, *part.* III, *cap.* 2, *art.* 2, § 4; ivi rimettiamo il lettore.

L'articolo dice: *purchè non siavi colpa nè frode*. Io credo che con questi termini, *purchè non siavi colpa*, lo Statuto intenda che se la moglie o i di lei eredi avessero per colpa loro lasciato perdere alcune cose della comunione loro toccate in sorte, essi sarebbero obbligati a renderne conto ai creditori, qualora goder volessero di tal privilegio, quantunque per loro colpa non abbiano profittato dei detti beni. La ragione è evidente. Non avendo la moglie nè i di lei eredi alcun diritto in virtù di tal privilegio di essere esonerati dai debiti della comunione, senonchè a patto di render conto ai creditori di ciò, che ne hanno profittato, essi sono obbligati, qualora vogliano usare di tal privilegio, di render conto ai creditori de' beni della comunione che loro sono pervenuti. Soggiacciono quindi riguardo ai detti

beni a quella cura medesima, cui soggiace chiunque è tenuto a render conto de' beni di cui è responsabile. Laonde se per non aver eglino usata tale cura fossero periti alcuni de' detti beni, essendo ciò avvenuto per loro colpa, ne sarebbero tenuti verso i creditori, e ne dovrebbero loro tenere conto come se tuttora esistessero.

§ 4. *Del conto che la moglie o i di lei eredi debbono rendere a' creditori della comunione per godere di tale privilegio.*

747. La moglie, che vuole godere di questo privilegio, deve rendere esatto conto de' beni, che le sono pervenuti dalla comunione, ai creditori, che agiscono contro di lei pel pagamento di alcuni debiti della comunione.

Essa deve darsi debito di tutti i beni della comunione a lei toccati nella divisione, tanto per di lei parte, quanto a titolo di prededuzione.

Allorchè questi beni sono mobili, essa deve risponderne secondo la stima, che se n'è fatta nell' inventario, nè sarebbe ammissibile a rilasciarli in natura dopo che ne avesse fatto uso. Quando poi sono stabili deve risponderne secondo la stima, che n' è stata fatta nella divisione, ove però non ami meglio rilasciarli in natura, imputando a suo carico i deterioramenti che derivassero dal di lei proprio fatto.

Deve altresì render conto de' frutti da lei percepiti per ciò che ne resta dopo averne fatta compensazione sino alla debita concorrenza di detti frutti cogl' interessi delle somme da essa pagate tanto a' terzi quanto a se stessa per l' estinzione dei debiti della comunione.

Quando la moglie risulta creditrice della comunione di una data somma per le sue ricupere, dedotto tutto ciò, ch' ella le doveva, non è tenuta a rispondere di ciò, che ha prelevato su i beni della comunione per pagarsi di questa somma. Imperciocchè la moglie con questa prededuzione non avendo fatto altro che soddisfarsi di ciò che le era dovuto, non si può dire che tale prelevamento sia qualche cosa di cui ella abbia profittato sopra i beni della comunione. Al contrario, quando risulta debitrice verso la comunione di una somma, dedotto tutto ciò, che le era dovuto, e che questa somma sia stata di già calcolata nella sua porzione al tempo che si è divisa la comunione, deve darsene debito; perciocchè la liberazione di questa somma da lei dovuta, è qualche cosa di cui ha profittato sopra i beni della comunione.

Ella deve inoltre darsi debito della metà di ciò, che si è tratto durante il matrimonio dal fondo della comunione, per la dotazione de' figli comuni, quand' essa gli abbia dotati congiuntamente al marito; conciossiachè nel dotarli congiuntamente al marito, si reputa ch' ella abbia preso per di lei conto la metà di queste doti, e che abbia levato dalla comunione la metà di ciò, che ne fu tratto per somministrarle. Per siffatta ragione, nel caso di rinuncia alla comunione, essa è obbligata a farne la deduzione sopra la restituzione, che le vien fatta dei suoi beni proprj. Per lo stesso motivo, anche in questo caso ella deve darsene debito come di cosa la quale le è pervenuta dalla comunione.

748. Il conto essendo così ordinato, devesi abbonare alla moglie tanto a suo debito, che a suo credito: 1. Ciò ch' essa ha pagato per la sua parte nelle spese d' inventario e di divisione, perchè debbono dedursi tali pesi da ciò, ch' ella profitta de' beni della comunione.

2. Si deve abbonare alla moglie ciò, ch' essa ha pagato ad altri creditori della comunione, che furono più vigilanti di colui, che la chiama in giudizio.

Non importa a questo proposito che i creditori soddisfatti dalla moglie, sieno anteriori o posteriori a quello, che la molesta, qualora quest' ultimo non sia ipotecario nè privilegiato; oppure, quand' anche sia ipotecario o privilegiato, allorchè la moglie non ha tra que' beni, ch' essa ha avuti dalla comunione, che de' mobili i quali non sono suscettibili d' ipoteca, e non ne abbia alcuno, che sia soggetto al privilegio del creditore. Diversa è la cosa allorchè il creditore, che procede con-

tro lei, è un creditore ipotecario o privilegiato, e che la moglie abbia dei beni, che soggiacciono alle sue ipoteche o al suo privilegio, come lo vedremo qui appresso.

3. Allorquando la moglie creditrice della comunione nella divisione dei beni della comunione non abbia prelevato la somma di cui ella era creditrice, dedotto ciò, che doveva alla comunione medesima, deve abbonarsele la metà di questo credito di cui fa confusione sopra se stessa; imperciocchè tal confusione, ch'ella fa sopra di lei della metà del suo credito, è un pagamento, che fa a se medesima sopra la sua parte de'beni della comunione, della metà di un debito della comunione medesima di cui va creditrice, il quale non diminuisce meno la di lei quota di quel che la scemino i pagamenti da lei fatti ad altri creditori della comunione; e che per conseguenza deve esserle abbonato, egualmente, che se le abbonano i pagamenti da essa fatti ad altri creditori, che furono più vigilanti a farsi pagare di quelli che procedono contro di essa a tal fine.

4. Finalmente devesi a lei abbonare nelle spese anche quelle del rendiconto.

749. Allorchè nel bilancio, che sarà fatto, del conto, vale a dire delle cose, che la moglie ha avute da'beni della comunione e delle deduzioni, che debbono esserle fatte, si trova che la moglie abbia pagato, sia a de'terzi sia a se medesima per l'estinzione dei debiti e pesi della comunione, altrettanto o più di quello, che essa n'abbia profittato, e quindi non averne ella tratto verun vantaggio reale, deve essere assoluta dalle pretensioni del creditore. Quando poi da questo bilancio risulta esservi qualche cosa di cui realmente la moglie abbia profittato dai beni della comunione, ella deve essere ammessa ad offrire di tenerne conto al creditore, che la molesta, ed essere pel di più assoluta dalla di lui domanda.

750. Ciò che finora abbiamo detto, ha luogo quando l'azione per la quale la moglie è chiamata in giudizio, è un'azione personale ed ordinaria; ma quando l' attore è un creditore privilegiato, e che tra i beni da essa avuti dalla comunione vi sieno in natura de'beni soggetti al privilegio del creditore, ella non può impedirlo dal rifarsi su i detti beni soggetti al suo privilegio. Invano opporrebbe i pagamenti da lei fatti, sia ad altri creditori sia a se medesima a favore della comunione, salvo il di lei regresso contro gli eredi di suo marito: locchè deve parimenti aver luogo quando la moglie, che possiede dei conquisti, venga chiamata in giudizio in virtù di un'azione ipotecaria. Vedi l' articolo seguente.

Quanto abbiamo detto in questo articolo relativamente alla moglie, è applicabile agli eredi della medesima.

ARTICOLO IV.

Dell' azione ipotecaria, che ha luogo contro la moglie.

751. Quantunque la moglie non sia tenuta personalmente a' debiti della comunione, dopo lo scioglimento, che per la sola metà quando non li abbia contratti in di lei nome, e sebbene non vi soggiaccia, che fino all' ammontare di quanto essa ebbe da' beni della comunione medesima, possono tuttavia i creditori, a' quali il di lei marito aveva ipotecati i beni immobili della comunione, procedere contro di essa ipotecariamente per lo totale come detentrice degli immobili stessi.

Noi vedremo 1. quali sieno i creditori cui competa quest'azione ipotecaria contro la moglie; 2. qual sia l' effetto di questa azione.

§ 1. *Quali sieno i creditori cui competa questa azione ipotecaria contro la moglie.*

752. I creditori a' quali compete tale azione ipotecaria contro la moglie, sono i creditori dei debiti contratti dal marito durante il matrimonio, verso i quali egli siasi obbligato con un atto davanti notajo, o sia stato condannato da una sentenza. Il marito, che aveva in quel tempo la qualità di capo della comunione, e che si reputa essersi obbligato o essere

stato condannato verso di loro, non solamente in di lui proprio nome, ma altresì in tale qualità, lo si reputa obbligato in forza di questi atti sotto l'ipoteca di tutti i beni, ch'egli aveva diritto allora d'ipotecare, e per conseguenza sotto l'ipoteca di tutti gl'immobili della sua comunione presenti e futuri, dandogli allora la sua qualità di capo della comunione, il diritto di disporne, di alienarli, obbligarli ed ipotecarli tutti irrevocabilmente, a tenore dell'*art.* 225 dello Statuto di Parigi, ed a norma del diritto comune. Ritenendosi che una moglie, la quale ha accettata la comunione, abbia fatto nella sua qualità di conjuge in comunione di beni, tutto ciò che il di lei marito ha fatto durante la detta comunione, come lo abbiamo veduto, *supra*, *part.* III; ed avendo il marito durante la comunione, nella sua qualità di capo della medesima, ipotecato a' suoi creditori tutti i coacquisti, la di lui moglie è riputata, nella sua qualità di conjuge in comunione, averli ella stessa ipotecati per quella parte, che le compete nella divisione.

753. Non è lo stesso de' creditori verso i quali il marito si è obbligato prima del matrimonio. Quantunque siasi obbligato verso di essi, sotto l'ipoteca di tutti i suoi beni presenti e futuri, i detti creditori non hanno alcun diritto d'ipoteca sopra i coacquisti toccati alla moglie nella divisione. Il marito non poteva loro ipotecare la parte della sua moglie, non essendo che la sola qualità di capo della comunione, che egli ancor non aveva, la quale avesse potuto dargli il diritto di loro ipotecarla.

Si obbietterà forse esser sufficiente, che il marito sia divenuto, dopo il contratto, proprietario di tutti i coacquisti della comunione per lo totale durante un certo tempo, perchè tutti i detti coacquisti sieno stati pel totale colpiti dall'ipoteca, che il marito ha su di essi costituita. Ora il marito lo è divenuto durante il tempo del suo matrimonio; dunque tutti i predetti coacquisti sono soggetti a quest'ipoteca, sì quelli toccati alla moglie, che quelli rimasti al marito.

La risposta è che l'ipoteca non può avere maggiore estensione di quella che n'abbia il diritto di proprietà di colui, che l'ha costituita e dal quale deriva. Ora il diritto di proprietà, che colui il quale ha costituita questa ipoteca aveva acquistato di tutti i coacquisti della sua comunione, era un diritto di natura tale da ristringersi per lo scioglimento e per l'accettazione della comunione, a que' beni soltanto, che gli toccherebbero nella divisione. Dunque il diritto d'ipoteca, che egli ha costituito su' detti beni ai detti creditori, deve parimenti ristringersi alla parte de'coacquisti, che gli è rimasta in forza della divisione.

754. Lo Statuto di Orleans si è allontanato da questi principj; e prendendo per base della sua decisione il motivo, che noi abbiamo qui sopra proposto come obbiezione, decide, che tutti i creditori ipotecarj del marito, non esclusi quelli verso i quali egli si è obbligato prima del suo matrimonio, e quelle pure, che sono creditori del marito soltanto e non della comunione, hanno ipoteca sopra tutti i coacquisti della comunione, e la conservano anche, dopo la divisione della comunione, su quelli eziandio, che sono toccati alla moglie.

Ciò manifestamente apparisce dallo *art.* 190, ove dopo esser detto, che le rendite costituite da ciascun conjuge prima del matrimonio, debbono essere continuate da colui solo, che le ha costituite, soggiunge, per riguardo alle rendite costituite dal marito prima del matrimonio, che ove contro la moglie, che non le ha costituite, procedasi ipotecariamente, ella avrà il suo regresso contro gli eredi di suo marito; il che suppone, che i creditori ipotecarj del marito, anche quelli, che lo sono del solo marito e non della comunione, conservino dopo lo scioglimento e la divisione della comunione la loro ipoteca sopra i coacquisti toccati alla moglie nella divisione.

Osservisi, riguardo ai termini di questo articolo, *nel caso*, *che contro quello de' conjugi, che non le avesse costituite*, *si procedesse ipotecariamente come detentore de' coacquisti*, che questi termini *quello dei conjugi*, non debbono intendersi, che

della moglie; imperciocchè non avvi che la moglie contro la quale, come detentrice de' coacquisti, si possa procedere ipotecariamente da' creditori particolari del marito; *viceversa* i creditori particolari della moglie non possono procedere contro il marito come detentore di coacquisti, perchè tali creditori non possono avere ipoteca, che sulla parte della moglie. L'antico Statuto di Orleans erasi a questo proposito spiegato meglio del nuovo; esso portava all'*art.* 175, da cui è tratto il 190 del nuovo: *Tuttavia se vi sieno de' coacquisti . . . . e* DETTA MOGLIE *ne possegga . . . ella può esser convenuta ipotecariamente ec.*

755. Non àvvi che un caso in cui il marito possa essere, dopo lo scioglimento della comunione, convenuto ipotecariamente da'creditori particolari della moglie; ed è quello in cui fosse toccato nella quota del marito un immobile proprio della moglie da lei *mobilizzato*, ed ipotecato ai di lei creditori prima del suo matrimonio.

§ 2. *Dell' effetto dell' azione ipotecaria contro la moglie.*

756. Sulla domanda promossa da un creditore ipotecario contro la moglie come detentrice de'coacquisti ipotecatigli, essa deve rilasciarli.

Se la moglie avesse pagato prima dei debiti, la di cui ipoteca fosse preferibile a quella dell'attore, ancorchè nel pagarli non avesse avuta la precauzione di farvisi surrogare, l'attore sarebbe obbligato di tenerne conto alla medesima; conciossiachè la moglie in tal caso ha resa migliore la condizione dell'attore, pagando delle ipoteche preferibili alla sua: *meliorem ejus pignoris causam fecit.*

Nondimeno è una saggia precauzione, quando la moglie paga qualche creditore ipotecario, il chiedere la surrogazione per evitare ogni contesa.

757. L'attore deve far buono alla moglie, non solo ciò, ch'ella ha pagato ai terzi, che avevano una ipoteca anteriore a quella dell'attore; ma altresì ciò, che ella ha pagato a se stessa pe' suoi crediti contro la comunione, pe' quali ha ipoteca dal giorno del suo contratto di matrimonio, anteriore a quella dell' attore.

758. Ma non è obbligato di farle buono ciò, ch'ella ha pagato ad altri creditori della comunione, ch' erano soltanto chirografarj, o la di cui ipoteca era posteriore a quella dell' attore, quand' anche ciò, che la moglie ha loro pagato, eguagliasse o anco eccedesse quanto essa ha avuto da'beni della comunione; salvo a lei il suo regresso contro gli eredi del marito, ond'essere indennizzata di quanto trovasi aver ella pagato di più di ciò, che l' è rimasto per la sua parte nei beni della comunione.

ARTICOLO V.

Delle indennità rispettive, che competono ai conjugi l'un contro l'altro per causa dei debiti della comunione.

759. Non essendo i conjugi tenuti tra loro ai debiti della comunione, senonchè ciascheduno per metà; ed anzi la moglie non essendo tenuta a questa metà, che sino all' ammontare di ciò, ch'ella ha avuto da'beni della comunione, ne segue, che ciascuno dei conjugi ha un regresso d' indennità contro l'altro, ond' essere rimborsato di ciò, che ha pagato di più di quello ch' ei doveva.

Perciò, quando il marito, sciolta la comunione, abbia pagato totalmente un debito della comunione medesima, tuttochè egli ne fosse effettivamente debitore per lo totale in faccia del creditore, avendolo egli stesso contratto, tuttavia egli ha un regresso d'indennità contro la moglie o suoi eredi, per quella parte cui debbono soggiacere.

Vice-versa, quando la moglie, sciolta la comunione, abbia estinto totalmente un debito della comunione, *puta*, perchè da essa personalmente contratto, ella ha un regresso d' indennità contro gli eredi di suo marito, ond'essere da essi rimborsata di quella parte, che era a loro carico.

Notinsi tre differenze tra il regresso d' indennità, che il marito o i di lui eredi hanno contro la moglie o gli eredi di lei pe'debiti della comu-

nione, e quello, che ha la moglie o i di lei eredi contro il marito o gli eredi di lui.

760. *Prima differenza.* Il marito non può avere regresso d'indennità pe' debiti della comunione contro la moglie o i di lei eredi, senonchè nel caso, che la moglie o i suoi eredi accettino la comunione. Egli è evidente non poterne egli avere alcuno nel caso di rinuncia, imperciocchè si ella, che gli eredi di lei debbono in questo caso esserne esonerati. Al contrario la moglie ha un regresso contro il marito, tanto nel caso di accettazione quanto nel caso di rinunzia: nel caso di rinunzia ella ha questo regresso per lo totale; nel caso di accettazione, lo ha per la parte cui suo marito o i di lui eredi ne debbono sopportare.

761. *Seconda differenza.* Il marito ha regresso d'indennità contro gli eredi della moglie pe'debiti della comunione, dopo ch'egli gli ha pagati. Anzi prima di averli pagati, allorchè viene costretto al pagamento da un creditore della comunione, egli può chiamare in giudizio gli eredi della moglie e far istanza contro i medesimi perchè vengano condannati a liberarlo, mediante pagamento, per quella parte cui eglino sono tenuti.

Ma fintantochè egli non ha pagati i debiti della comunione, nè si procede contro di lui per lo pagamento, non può esercitare alcuna azione d'indennità contro gli eredi della moglie.

Al contrario, la moglie, dopo lo scioglimento della comunione, ha una azione d'indennità contro gli eredi di suo marito, per essere soddisfatta dei debiti della comunione a' quali si è obbligata in di lei proprio nome. E sopra tutto le compete una tale azione nel caso di rinunzia alla comunione, ond'esserne in questo caso pagata per lo totale; ed in caso di accettazione, per quella parte, che gli eredi del marito ne debbono sopportare.

In ambi i casi accordasi al marito una dilazione, che deve dipendere dallo arbitrio del giudice.

Idem dictum puta degli eredi della moglie contro il marito.

762. *Terza differenza.* Il marito non ha alcuna ipoteca in testa propria sopra i beni proprj della moglie per l'azione di indennità., che gli compete contro di essa o de'suoi eredi, allorchè egli ha pagato, dopo lo scioglimento della comunione, la parte, che la moglie o gli eredi di lei debbono sopportare ne' debiti della comunione.

Gli è dato soltanto, dopo aver pagato un credito della comunione cui la moglie si era obbligata, di esercitare le ipoteche, che questo creditore aveva sopra i beni della moglie, purchè nel pagarlo, abbia avuta la precauzione di farvisi surrogare.

Io credo ancora, che non si possa ricusare al marito, per la sua azione d'indennità, un' ipoteca privilegiata sopra i coacquisti toccati alla moglie nella divisione, non potendo la moglie aver diritto di partecipare ai beni della comunione senza soggiacerne ai debiti.

763. All' opposto, secondo la giurisprudenza del Parlamento di Parigi, la moglie ha ipoteca dal giorno del suo contratto di matrimonio sopra tutti i beni di suo marito, per l'indennità, che le deve riguardo ai debiti della comunione, ch'egli è obbligato di pagare.

Cotesta giurisprudenza accorda siffatta ipoteca dal giorno del contratto di matrimonio, tanto nel caso, che sia stata stipulata quanto nel caso, che non lo sia; ed anche quando non vi è stato contratto di matrimonio, essa l'accorda dal giorno della celebrazione delle nozze.

Questa ipoteca dal giorno del contratto di matrimonio, soggiacque però altre volte a molte difficoltà, e militano delle forti ragioni contro della medesima. Si può dire, che l'ipoteca de' beni essendo accessoria all'obbligo della persona, egli è impossibile, per la natura stessa delle cose, ch' essa preceda l'obbligo personale, essendo impossibile, che un accessorio sussista senza il suo principale. Che se è detto nella *l.* 5, ff. *de pign. et hypoth.* che, *futuræ obligationis nomine* (*res hypothecæ*) *dari possunt*, ciò deve intendersi in questo senso, *sic tamen ut ex illa conventione non prius nascatur jus hypothecæ quam contracta fuerit obligatio.* La convenzione di

ipoteca può ben precedere l'obbligazione della persona, ma il diritto d'ipoteca, che nasce da tal convenzione, non nasce, che dal giorno in cui si è contratta tale obbligazione. Ora l'obbligazione del marito d'indennizzare la moglie degli obblighi da essa contratti durante la comunione, non può incominciare, che dal giorno in cui essa gli ha contratti. È inconcepibile *per rerum naturam*, come il marito sia obbligato d'indennizzare la moglie da una obbligazione, che essa non ha per anco contratta, non potendo l'obbligazione d'indennizzare la moglie de'debiti della comunione, nascere, che dal giorno in cui gli ha contratti; in conseguenza l'ipoteca dei beni del marito, ch'è un accessorio di siffatta obbligazione d'indennità, non può parimenti nascere, che dal giorno in cui la moglie ha contratti i debiti dei quali deve essere indennizzata, e non dal giorno del suo matrimonio.

Queste massime sono conformi alla decisione di Gajo nella legge 11, ff. *qui potior in pign.* il quale dice, che quando taluno fece una convenzione con un altro, d'ipotecare certe cose pel prestito di una certa somma che esso intendeva di prendere a prestanza, l'ipoteca non cominciava che dal giorno in cui essa le venne contata. Conciossiachè essendo stato sino a questo tempo in facoltà di tale persona di non contrarre veruna obbligazione, non ricevendo la somma, non vi poteva essere in conseguenza sino a quel tempo obbligazione nè ipoteca alcuna. Per la stessa ragione finchè fu in potestà del marito di non contrarre que'debiti che contrasse, e di non farvi intervenire la moglie, non vi poteva essere obbligazione veruna di indennizzarne la moglie, nè ipoteca di sorte per così fatta obbligazione.

Se il minore, per la restituzione delle somme, che il di lui tutore ha ricevuto per lui durante il corso della tutela, ha ipoteca sui beni del suo tutore dal giorno in cui incominciò la tutela, e non già solamente da quello in cui ha ricevuto dette somme, ciò addiviene perchè non si può dire del pari essere stato in potestà di questo tutore di non contrarre l'obbligazione di restituir queste somme col non riceverle; giacchè non era in suo arbitrio di non esigerle. Egli ha contratto coll'atto stesso della tutela lo obbligo di ricevere tutte le somme dovute al suo minore, durante l'intiero corso della tutela, e di renderne conto. La di lui obbligazione essendo stata contratta coll'atto stesso della tutela, l'ipoteca, che n'è l'accessorio, lo è del pari; dovechè essendo stata sempre in potere del marito di non contrarre i debiti ch'egli ha contratti, e di non farvi intervenire la moglie, sino al punto in cui gli ha contratti, e sino a che la di lui moglie vi sia concorsa, ed essendo stato per conseguenza in sua facoltà fino a questo tempo di non contrarre l'obbligazione d'indennizzarne la moglie, col non contrarli; codesta obbligazione d'indennizzarne la moglie non poteva nascere prima, nè per conseguenza l'ipoteca di questa obbligazione d'indennità.

Ad onta di queste ragioni, che però sono fortissime, la pratica ha accordato alla moglie un'ipoteca dal giorno del contratto di matrimonio per l'indennità che le compete riguardo a'debiti a'quali si è obbligata durante il suo matrimonio.

764. Si è creduto nondimeno per un certo tempo ch'ella non dovesse risalire all'epoca del contratto matrimoniale, se non se quando l'indennità vi fosse stata espressamente stipulata, ma dopo, ancorchè non lo sia stata, si è fatta risalir l'ipoteca al tempo del contratto di matrimonio; e quando non esiste un simil contratto, al giorno della celebrazione delle nozze. Lebrun, *l.* 3, *cap.* 2, *sez.* 2, *dist.* 6, riporta parecchie sentenze che hanno confermata cotesta pratica, ed attesta non essersi più promossa veruna questione dacchè fu emanata la decisione del 5 Luglio 1681, riferita nel tomo quarto del Giornale delle Udienze, decisione che fece rimontar l'ipoteca dell'indennità della moglie al giorno del contratto di matrimonio, quantunque non vi sia stata espressamente stipulata, ed è appunto ciò che noi vediamo effettivamente praticarsi in tutte le sentenze di graduazione.

Per giustificare questa pratica si

dice che un uomo nel maritarsi contrae verso la di lui moglie l' obbligazione di restituirle la sua dote libera da qualunque peso e ipoteca dopo lo scioglimento della comunione: egli si obbliga *dotem salvam fore*. Ora siffatta obbligazione di restituire intera e salva la di lei dote racchiude quella di liberare la moglie dai debiti che potrebbero intaccarla , e che le impedirebbero di riceverla libera da qualunque peso.

765. Allorchè una moglie separata sia per contratto di matrimonio sia per sentenza di separazione eseguita colla restituzione della dote fattale dal marito, ha successivamente contratta qualche obbligazione, pel di lei marito, l'ipoteca per l'indennità di questa obbligazione che il marito deve a sua moglie, avrà ella egualmente luogo dal giorno del contratto di matrimonio ? Si può dire per la negativa , che la ragione per la quale si è fatto risalire al giorno del contratto matrimoniale l'ipoteca per l'indennità dovuta alla moglie dei debiti, ch'essa ha contratti durante la comunione tratta dall'obbligazione stessa del marito assunta nel contratto di matrimonio di restituire alla moglie la di lei dote franca e libera da'pesi, non si scorge punto in questi casi; poichè in quello di una separazione consensuale, l'obbligo di restituire la dote libera, non è stato contratto dal marito che non l'ha ricevuta; e nel caso di una separazione giudiziale eseguita colla restituzione della dote, ch'è stata fatta alla moglie, l'obbligo di restituire la dote era adempito, nè più sussisteva quando posteriormente la moglie ha contratto delle obbligazioni pel suo marito.

Ad onta di siffatte ragioni, Lebrun, *ibidem*, riporta tre sentenze che accordano l'ipoteca dal giorno del contratto matrimoniale per l' indennità delle obbligazioni che una moglie separata aveva contratte per suo marito. Vaslin ne cita altre due posteriori che decidono egualmente. La ragione si è che malgrado la separazione , e nullaostante la restituzione della dote, il marito rimane sempre obbligato alla conservazione della dote medesima , in forza dell'obbligo, che ne ha contratto nel maritarsi.

Egli è perciò che in tutti gli atti i quali possono tendere all'alienazione o alla vincolazione degl'immobili che fanno parte della dote della moglie, l'autorizzazione del marito deve sempre intervenire. Perlochè, quando la moglie, tuttochè separata, ha contratto , sotto l' autorizzazione del di lei marito , delle obbligazioni per esso , per le quali potrebbe soffrire la di lei dote, il marito, in virtù dell'obbligazione da esso contratta ammogliandosi, cioè di conservare la dote della di lui moglie, è obbligato d'indennizzarla, affinchè la di lei dote non venga pregiudicata; e siccome questa obbligazione risale al tempo del suo contratto di matrimonio, così l'ipoteca per tale obbligazione vi deve parimenti rimontare. Si aggiunge che la separazione avendo per iscopo di conservare la dote della moglie, non se le deve attribuire un effetto contrario a questo scopo col privare la moglie di una ipoteca, che le competerebbe per la sua indennità se non fosse separata.

Si rinvengono però delle sentenze contrarie. Quella dell'8 Giugno 1674, inserita nel Giornale del foro, accorda l'ipoteca dal giorno del contratto di matrimonio all' indennità di una moglie per le obbligazioni da lei contratte prima della sua separazione; ma rispetto a quella, ch'ella avesse contratta dopo la sua separazione, la sentenza non le accorda ipoteca che dal giorno della contratta obbligazione.

Trovansi parimenti due decisioni nella raccolta di Lacombe, del 9 Aprile 1702, l'altra del 26 Luglio 1742, che non accordarono ipoteca per l'indennità della moglie separata, senonchè dal giorno delle sue obbligazioni.

766. La moglie avendo ipoteca dal giorno del suo contratto matrimoniale per l' indennità dovutale per le obbligazioni, ch'essa ha contratte, ne segue che quando i beni immobili del marito vengono escussi, i creditori, che tengono per obbligata la moglie, debbono , come esercenti i diritti della moglie loro debitrice, la quale ha ipoteca dal giorno del contratto di matrimonio per l'indennità delle obbligazioni da essa contratte verso di loro, essere surrogati nella di lei graduazione, dal giorno del contratto di ma-

trimonio o della celebrazione, qualora non siavi contratto: mediante ciò, tali creditori tuttochè posteriori saranno pagati in preferenza ai creditori anteriori del marito, verso i quali il marito stesso dopo il matrimonio si è obbligato egli solo. Si giudichi da ciò di quale importanza sia, allorchè si contrae con un uomo ammogliato, il fare intervenire la moglie, perchè essa si obblighi insieme con lui.

767. Se nel mentre tutti i beni del marito vengono pignorati da'creditori posteriori al matrimonio, verso i quali il marito si è solo obbligato, questi unitamente e solidamente colla moglie contraesse delle obbligazioni verso altre persone, dovrebbesi forse in tali circostanze accordare alla moglie e a questi nuovi creditori verso i quali si è essa obbligata, una ipoteca dal giorno del contratto matrimoniale? Gli antichi creditori hanno delle forti ragioni per opporvisi: 1. perchè questi novelli debiti, che si mettono in campo, sono molto sospetti di essere debiti supposti; 2. perchè anche supponendoli veri, è una frode che il marito commette verso gli antichi creditori, facendo intervenire sua moglie alle nuove obbligazioni per far perdere agli antichi ciò ch'è loro legittimamente dovuto, e la moglie intervenendo a queste nuove obbligazioni, si rende essa stessa partecipe di questa frode, cui ella non può ignorare, conciossiachè il pignoramento generale de'beni del marito ha reso pubblica e notoria la di lui insolvibilità.

Da questa frode, di cui la moglie è partecipe, nasce un'eccezione di dolo che gli antichi creditori sono autorizzati ad opporre, tanto alla moglie che a questi nuovi creditori i quali volessero esercitare tali diritti, per la quale eccezione di dolo essi possono impedire che la moglie e questi nuovi creditori vengano classificati prima di loro.

768. Lebrun accorda alla moglie un'ipoteca sopra i beni del marito, dal giorno del contratto di matrimonio, per l'indennità dei debiti della comunione a' quali ella non si fosse obbligata, ma che avesse pagati dopo la morte di suo marito, e posteriormente alla di lei rinuncia alla comunione. Cotesta decisione di Lebrun non è sostenibile, avvegnachè tale indennità è un credito, che essa ha contro gli eredi di suo marito, che nasce *ex quasi contractu negotiorum gestorum*, a cui il marito non è mai stato tenuto, perchè nato dopo la di lui morte, ed al quale per conseguenza non si può dire ch'egli abbia ipotecati i suoi beni.

PARTE SESTA

DELLA CONTINUAZIONE DELLA COMUNIONE.

Noi distinguiamo due specie di continuazione di comunione, cioè, la semplice e la composta. La semplice è quella, che ha luogo soltanto fra il superstite e gli eredi del predefunto; la composta è quella alla quale il superstite associa de'terzi. Noi ne tratteremo separatamente.

CAPITOLO PRIMO.

Della continuazione di comunione semplice.

769. Questa continuazione di comunione è stabilita dagli *art.* 240 e 241 dello Statuto di Parigi sotto al titolo della comunione. L'*art.* 240 è concepito in questi termini: « Quando uno de'conjugi muore, e lascia qualche figlio minore del predetto matrimonio, se il superstite non fa stendere inventario, con persona capace e legittimo contraddittore, de' beni, che

erano comuni durante il detto matrimonio al tempo della morte, sieno mobili o coacquisti immobili, il figlio o i figli superstiti possono, ove paja lor conveniente, domandar comunione in tutti i beni mobili e coacquisti immobili dal superstite, posto che questi si rimariti ».

L'*art.* 241 dice: « E pèr lo scioglimento della comunione fa d'uopo che detto inventario sia fatto e perfezionato, e colla condizione di fare chiudere detto inventario dal superstite, tre mesi dopo che sarà stato fatto; altrimenti mancando di ciò fare il superstite, la comunione è continuata, se i figli la trovano conveniente ».

770. La pratica ha estesa questa disposizione dell'*art.* 240 dello Statuto di Parigi a quegli Statuti, che non hanno parlato della continuazione della comunione. Si possono vedere a questo proposito in Brodeau sopra Louet, *Lett. C, cap.* 30, le sentenze emanate in forma di regolamento, le quali stabilirono questa pratica, che oggidì più non si revoca in dubbio secondochè lo attestano Lebrun e Renusson, nei loro *Trattati della Comunione*.

La questione essendosi rinnovata per lo Statuto della Rochelle, fu deciso con sentenza del 20 giugno 1704, resa in forma di regolamento, che la continuazione della comunione, tale quale è stabilita dallo Statuto di Parigi, vi doveva essere sottointesa.

L'estensione di questa continuazione della comunione agli Statuti, che non ne hanno parlato, è fondata sopra una forte ragione, essendo impossibile di sovvenire altrimenti ai figli minori de' conjugi, che il superstite per mancanza d'inventario mette ordinariamente nell'impossibilità di provare a che ammontava la loro quota del mobiliare della comunione, alla morte del predefunto cui succedettero, e della quale il superstite è tenuto a loro tener conto.

Vedremo su questa materia: 1. Cosa sia la continuazione della comunione, secondo i principj dello Statuto di Parigi; 2. In qual caso essa abbia luogo; 3. Fra quali persone: 4. Di quali cose sia composta; 5. Quali ne sieno i pesi; 6. Quale sia il potere del superstite sopra questa continuazione di comunione; 7. Tratteremo de' modi con cui ella si scioglie; 8. Del diritto di accrescimento, che ha luogo tra i figli; 9. Dell'accettazione e della rinuncia alla continuazione di comunione; 10. Della divisione de'beni di questa comunione; 11. Come ciascuna delle parti soggiaccia ai debiti di questa comunione. Ciò formerà la materia di undici sezioni.

Lo Statuto di Orleans e qualche altro consimile, avendo sulla materia della continuazione di comunione dei principj differenti da quello di Parigi, noi ne osserveremo in cadauna sezione le differenze.

SEZIONE PRIMA.

Cosa sia la continuazione di comunione.

ARTICOLO PRIMO.

Cosa sia la continuazione di comunione secondo i principj dello Statuto di Parigi.

771. Secondo i principj dello Statuto di Parigi, la continuazione di comunione non è altro, che una pena, che lo stesso Statuto impone al conjuge superstite, il quale ha mancato di far constare mediante inventario, dopo la morte dell'altro conjuge, la quota de'loro figli ne'beni della comunione cui sono succeduti al predefunto. Questa pena consiste nel diritto e facoltà, che lo Statuto accorda ai detti figli di domandar parte al superstite in tutti i beni mobili, ch'egli trovasi avere al tempo dell' inventario, che deve sciogliere la comunione, e parimenti negli acquisti immobili da lui posseduti, e fatti dal tempo della morte del predefunto sino al predetto inventario, come se la comunione avesse sempre continuato sino alla medesima epoca per rapporto ai detti beni.

772. Ciò apre il cammino a decidere la questione, se nello Statuto di Parigi la continuazione della comunione sia una nuova comunione, che si contrae fra il superstite ed i suoi figli minori eredi del predefunto, op-

pure se sia la medesima comunione, che esisteva tra i due conjugi, che non si reputa disciolta per la morte di uno di essi, ma di essere invece continuata.

Laurière, vago di rinvenire da per tutto de' vestigj dell' antico diritto statutario, alla cui ricerca erasi precipuamente ed utilmente applicato, ha creduto trovare nella disposizione dello Statuto di Parigi sulla continuazione della comunione, un vestigio dell' antico diritto statutario, che faceva risultare una comunione fra parenti dalla coabitazione e dalla mescolanza de' beni. In conseguenza egli pretende, che la continuazione della comunione, secondo lo Statuto di Parigi, non sia quella stessa, che esisteva tra i due conjugi, la quale finisce colla morte del predefunto, giusta le natura del contratto di società: *Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus ut haeres etiam succedat societati*; *l.* 59, ff. *pro socio*. Quindi la continuazione della comunione è secondo lui una nuova comunione, che lo Statuto stabilisce tra il superstite ed i suoi figli minori, ch' ei fa, conformemente all' antico diritto, risultare dalla coabitazione e dal miscuglio de' loro beni, la quale non per altro è chiamata *continuazione di comunione*, se non perchè essa succede *continuo et nulla interposito intervallo* a quella, che già vi era tra i conjugi. Aggiunge, esser questa talmente una nuova comunione, diversa dalla prima, ch' ella si regge con principj ben differenti, non avendo il superstite, che n' è capo, lo stesso potere su i beni della continuazione di comunione, che aveva il marito su quelli della comunione, come lo vedremo a suo luogo, *infra*, *sez.* 6. D' altronde essa non è composta delle medesime cose, non restando in essa i coacquisti della comunione conjugale, che pel solo loro godimento; e invece, che tutto ciò, che viene acquistato dall' uno e dall' altro conjuge, entri nella comunione conjugale finchè essa dura, non entra in questa, che quello soltanto, che acquista il superstite; ciò che acquistarono i figli non vi entra punto, come il vedremo, *infra*, *sez.* 4.

L' opinione contraria, ch' è di quelli, che pensano, che nello Statuto di Parigi la continuazione della comunione sia la comunione medesima, che esisteva tra conjugi, la quale in favore de' figli minori del superstite si suppone non essere stata disciolta, ed avere sempre continuato sotto certe modificazioni sino al tempo dell' inventario, mi sembra preferibile a quella di Laurière, poichè più conforme sì al testo, che allo spirito dello Statuto.

1. Essa è più conforme al testo; l' *art.* 241 dice espressamente: *e riguardo allo scioglimento della comunione, fa d' uopo, che il sopraddetto inventario sia fatto e perfezionato.... e mancando di farlo il superstite, la comunione si ritiene per continuata*. Non è egli questo un dire assai chiaramente, che la comunione ch' eravi tra i conjugi non fu disciolta per la morte di uno di essi? Che per discioglierla fa d' uopo, che il superstite faccia un inventario, e che mancando di farlo questa comunione, vale a dire quella, ch' esisteva tra i conjugi, si reputa tuttavia continuare?

2. La nostra opinione è inoltre più conforme allo spirito dello Statuto. Imperciocchè stabilendo la continuazione della comunione, esso non ha inteso di stabilire una società tacita come quella, che l' antico diritto francese faceva risultare tra parenti prossimi dalla coabitazione e mescolanza de' beni. Se fosse stato questo il suo scopo, l' avrebbe stabilita tanto fra i figli del superstite di età maggiore quanto tra i minori; non avendola stabilita, che tra questi, pare ch' esso non abbia avuto altro in vista, nello stabilirla, che di venire in soccorso de' minori, supponendo in loro favore, che la comunione abbia sempre continuato sino all' epoca dell' inventario per rapporto al mobiliare ed agli acquisti fatti dopo la morte del predefunto; ed accordando ad essi in conseguenza una parte ne' detti beni, che loro tenga luogo del conto, cui deve lor dare il superstite, di quella porzione, che ad essi spettava ne' beni trovati all' epoca della morte del predefunto di cui sono eredi; quota ch' è loro impossibile di provare, attesa la mancanza d' inventario.

3. Si può altresì trarre argomento

dal luogo ove furono posti gli articoli, che riguardano la continuazione della comunione. Essendo questi articoli posti sotto il titolo della comunione in mezzo a quelli, che concernono la comunione esistente tra conjugi, ciò indica che lo Statuto ha riguardata la continuazione di comunione come cosa in nulla diversa dalla comunione, che esisteva tra i conjugi.

Quanto alle ragioni allegate per provare esser questa una comunione differente, ragioni poc'anzi da noi riportate, facilissima n'è la risposta.

Obbiettasi in primo luogo essere della natura delle società ch' elleno finiscano colla morte di uno de' socj. Quella, che esisteva tra i conjugi ha dunque finito, si dice, per la morte di uno di essi; e quella, che viene a stabilirsi fra il superstite e gli eredi del predefunto, non può essere altro, che una nuova comunione. A ciò si risponde, ch'è di fatti della natura delle società, che esse finiscano colla morte di uno de' socj; ma ciò non è talmente di loro essenza, che non si possa talvolta farle continuare cogli eredi del socio premorto. Questo è appunto ciò, che osservavasi nel diritto romano riguardo alla società, che si contraeva per l'appalto delle pubbliche imposte, società, che passava agli eredi degli appaltatori socj, che morivano durante il corso della società, quando però si era di ciò convenuto; *d. l.* 59. Lo Statuto quindi poteva per delle buone ragioni, in favore de' figli minori del superstite, eredi del predefunto, far continuare con essi la comunione, che esisteva tra il superstite ed il predefunto.

Si oppone in secondo luogo, che la continuazione della comunione è talmente diversa da quella, che vi era fra i due conjugi, che ella si regge con differenti principj, e che non è composta delle medesime cose. La risposta è che questa società o comunione continua sotto certe modificazioni, che lo Statuto giudicò a proposito di apporvi, ma non ne segue perciò, che questa non sia la stessa comunione. Allorquando due socj dopo un certo tempo convengono tra di loro, che uno di essi non avrà in avvenire lo stesso potere, che aveva, e che certe cose, che ci entravano prima, non vi entrerebbero più per lo avvenire, quantunque la loro società continui sotto alcune modificazioni appostevi nella loro convenzione, essa è sempre però la stessa società o comunione.

ARTICOLO II.

Cosa sia la continuazione della comunione secondo i principj dello Statuto di Orleans.

773. I principj dello Statuto di Orleans sulla continuazione della comunione sono differentissimi da quelli dello Statuto di Parigi.

La disposizione colla quale lo Statuto di Orleans stabilisce la continuazione di comunione, non è collocata sotto il titolo della comunione, ma sotto un altro, ch'è quello *della società*. Dopo avere coll' *art.* 213 abrogato l'uso delle società tacite, che avevan luogo in virtù dell' *art.* 180 dell' antico Statuto fra ogni classe di persone, *in virtù di dimora, comunicazione o negoziazione de' loro beni fatte in comune per contrarre società da persone che dimorano insieme per un anno ed un giorno intiero*. Lo stesso Statuto fa un' eccezione a questa abrogazione delle società tacite, nell' articolo 216, pel caso della continuazione di comunione fra il superstite e gli eredi del predefunto. Ecco come questo articolo è concepito: *Se fra due persone non nobili congiunte in matrimonio, l' una sen muore e lascia eredi i suoi figli o altri parenti, e l'altra, che sopravvive, non fa alcun inventario, o divisione di beni, o che altrimenti non sia disposto fra le parti, allora la comunione di beni continua e conservasi fra il superstite per la metà, e detti figli o altri parenti ed eredi per l' altra metà, ciascuno per le loro porzioni virili ed ereditarie, compresa la saisine e possesso della eredità dei loro genitori e parenti premorti sino a che tale inventario e divisione sieno fatti o venga altrimenti da essi disposto.*

Non si può dire, che in questo Sta-

tuto di Orleans come in quello di Parigi, siffatta continuazione di comunione sia stabilita in forma di pena contro il superstite, e a modo di danni e interessi de' figli, derivanti dalla mancanza d' inventario; avvegnachè questo Statuto ammette siffatta continuazione di comunione, non solo coi figli minori del superstite, degl' interessi de' quali egli potrebbe comparire risponsabile, ma eziandio co' maggiori dei di cui interessi non si può dire che il superstite sia incaricato, poichè essendo maggiori eglino sono in istato di vegliarvi da se stessi. Lo stabilisce inoltre co' figli, che il premorto aveva da un precedente matrimonio, ed anche co' suoi eredi collaterali, i quali sono persone estranee riguardo al superstite, e de' di cui interessi non si può dire ch' ei fosse incaricato.

La continuazione della comunione non essendo stabilita dallo Statuto di Orleans in forma di pena, è mestieri indagarne un' altra ragione, nè la si può scorgere altrimenti, che nella osservanza dell' antico diritto cui lo Statuto di Orleans volle conservare in tale caso.

Noi troviamo questo antico diritto nel *Grand Coutumier, l. 2, cap.* 40, ove è detto: « in forza di consuetudine ed in virtù di Statuto due congiunti dimoranti insieme per un anno ed un giorno, senza far divisione nè protesta tra loro, eglino contraggono l' un verso l' altro comunione di beni, quanto ai mobili ed a' conequisti; laonde, se due conjugi hanno un figlio, e poscia uno di essi muore, cotesto figlio, che resta insieme col superstite senza fare inventario o divisione, si considererà in comunione, ed allora tutto ciò che il superstite avrà acquistato ritornerà in comunione col figlio ».

774. Da tutto ciò risulta, che nello Statuto di Orleans la continuazione di comunione è ben diversa da quella stabilita dallo Statuto di Parigi, vale a dire non è la medesima comunione già esistente tra i conjugi, che si reputi aver continuato; ma è piuttosto una nuova comunione, che si contrae dopo la morte di uno di essi tra il superstite e gli eredi del predefunto, e che non per altro si chiama *continuazione di comunione* se non perchè essa succede *nullo interposito intervallo* a quella ch' esisteva tra' conjugi: soltanto rapporto alla successione di questa nuova comunione alla prima, che esisteva tra i conjugi, si dice, che la comunione *continua e si conserva*.

ARTICOLO III.

Quale Statuto si debba seguire per la continuazione della comunione.

775. Allorquando due conjugi nel maritarsi contraggono comunione di beni giusta la consuetudine e Statuto del luogo ove tengono il loro domicilio, e che dopo essersi maritati trasferiscono il loro domicilio sotto un altro Statuto, la continuazione della comunione fra il superstite e gli eredi del predefunto avrà ella effetto e si regolerà secondo lo Statuto del luogo ove hanno contratta la loro comunione, oppure si dovrà conservare lo Statuto sotto il quale essi avevano il domicilio all' epoca della morte del predefunto?

Parmi che siffatta questione debba decidersi con una distinzione. Se giusta le regole dello Statuto secondo il quale contrassero la comunione, questa non è stata disciolta per la morte del predefunto, questa comunione, che continua, essendo quella stessa, ch' eglino contrassero nel maritarsi, la si dovrà regolare a norma dello Statuto del luogo ove aveano il loro domicilio quando si sono maritati. Al contrario, se giusta le regole dello Statuto secondo il quale hanno contratta la comunione conjugale, questa viene a disciogliersi per la morte del predefunto, la nuova comunione, che formasi in questo caso tra il superstite e gli eredi del predefunto, non potendo formarsi, che secondo la legge del nuovo loro domicilio, alla quale sono soggetti, la continuazione della loro comunione deve in conseguenza essere regolata da questa legge.

Ciò renderassi più chiaro recando degli esempj. Due parigini nel maritarsi contrassero a Parigi una comunione di beni. Trasferito in seguito il loro domicilio ad Orleans, uno di essi vi muore e lascia per eredi dei figli

minori del loro matrimonio. La continuazione di comunione, che ha luogo in tal caso fra il superstite ed i suoi figli minori, se si è omesso di fare inventario come prescrive lo Statuto di Parigi, deve regolarsi secondo lo Statuto di Parigi; perciocchè la medesima comunione da essi contratta secondo lo Statuto di Parigi continua a sussistere fra il superstite ed i figli minori eredi del predefunto. I conjugi nel contrarre siffatta comunione vengono riputati essersi almeno implicitamente sottomessi a *tutte* le disposizioni su tal proposito, che contiene lo Statuto di Parigi. Si reputa quindi ch' essi abbiano convenuto, che questa comunione non potrebbe disciogliersi se non che adempiendo a quanto il predetto Statuto richiede per discioglierla. Allorchè il predefunto ha lasciato per eredi de' figli minori nati dal loro matrimonio, l' obbligo, che i conjugi hanno contratto mediante una tal convenzione, sussiste tuttavia malgrado la loro traslazione di domicilio. E perciò, avendo mancato il superstite di adempire a quanto lo Statuto di Parigi prescrive riguardo allo scioglimento della comunione, questa non ha potuto disciogliersi; è la medesima comunione, che i conjugi hanno contratta nel maritarsi secondo lo Statuto di Parigi, la quale deve regolarsi a norma delle regole, che si contengono in detto Statuto.

Lo Statuto di Orleans, a cui questi conjugi si sottomisero in forza della loro traslazione di domicilio, non poteva formare tra il superstite e gli eredi del predefunto la continuazione di comunione da esso stabilita all' *art.* 216; poichè siffatta comunione deve succedere alla comunione conjugale, nè può per conseguenza stabilirsi fintantochè questa sussiste.

776. Suppongasi adesso, che uno dei conjugi, che nel maritarsi a Parigi contrassero la comunione a norma di quello Statuto, sia morto ad Orleans dopo la loro traslazione di domicilio, lasciando per suoi eredi de' figli tutti maggiori. La comunione da essi contratta secondo lo Statuto di Parigi, essendo in questo caso disciolta, nulla impedisce il credere, che lo Statuto di Orleans, sotto il cui impero trovavansi i conjugi all' epoca della morte del predefunto, abbia formata al momento della morte del predefunto, tra il superstite e gli eredi del premorto la continuazione della comunione da esso stabilita all' *art.* 216; la quale essendo formata dallo Statuto di Orleans, si regola in conseguenza giusta le disposizioni del medesimo.

777. Fingasi ora, che due orleanesi, i quali dopo avere insieme contratta comunione di beni secondo lo Statuto di Orleans, abbiano trasferito il loro domicilio a Parigi, e successivamente a questa traslazione uno d' essi sia morto lasciando per eredi dei figli tutti maggiori, non vi sarà in questo caso veruna continuazione di comunione; imperciocchè lo Statuto di Parigi, cui eran soggetti all' epoca della morte del predefunto, non ne ammette in tale caso; e quello di Orleans, che ne ammette una tra il superstite e gli eredi del premorto, sieno maggiori o minori, non poteva formarla tra il superstite e gli eredi del conjuge premorto, i quali all' epoca di tale morte, in forza della loro traslazione di domicilio a Parigi, non eran soggetti al suo impero.

778. Allorchè uno di questi orleanesi muore dopo la traslazione di domicilio a Parigi, lasciando per eredi dei figli minori del loro matrimonio, saravvi in questo caso continuazione di comunione, e secondo quale Statuto? La comunione essendo stata contratta fra questi conjugi giusta le regole dello Statuto di Orleans, essa si è sciolta per la morte del predefunto. È vero che questo Statuto ne stabilisce una nuova dopo tale morte; ma non poteva stabilirla tra questo superstite e gli eredi del predefunto, non essendo più detti conjugi in tempo di tale morte soggetti al suo impero. Da un' altra parte, si dirà, che lo Statuto di Parigi può bensì regolare la durata di una comunione contratta secondo lo Statuto di Parigi, e prescrivere ciò che deve osservarsi pel suo scioglimento; ma che non è in suo potere di fissar la durata di una comunione contratta secondo le regole di un altro Statuto.

Malgrado siffatte ragioni si deve decidere esser sufficiente che il super-

stite, all' epoca della morte del predefunto, sia stato soggetto all' impero dello Statuto di Parigi, perch' ei contragga l' obbligazione imposta da questo Statuto al superstite, quella cioè di far constare mediante inventario, nella forma prescritta, la parte, che spetta ai di lui figli minori, come eredi del predefunto ne' beni di lui; e perchè, avendo mancato di farlo, egli soggiaccia alla pena della continuazione di comunione imposta dallo Statuto di Parigi. Vi sarà dunque luogo in tal caso ad una continuazione di comunione secondo il predetto Statuto.

SEZIONE II.

In qual caso vi sia luogo alla continuazione di comunione.

ARTICOLO PRIMO.

In qual caso vi sia luogo alla continuazione di comunione, secondo i principj dello Statuto di Parigi.

Perchè siavi luogo alla continuazione di comunione fa d' uopo, giusta i principj dello Statuto di Parigi, che concorrano quattro cose: 1. che in tempo della morte del predefunto vi sia già stata una comunione di beni sussistente tra i conjugi; 2. che il predefunto abbia lasciato per eredi dei figli minori del suo matrimonio, i quali gli sieno succeduti in una parte dei beni della comunione; 3. che il superstite abbia mancato di fare nel tempo prescritto quanto lo Statuto esige per lo scioglimento della comunione; 4. che la continuazione della comunione sia stata richiesta.

§ 1. *Prima condizione: richiedesi che in tempo della morte del predefunto siavi stata comunione di beni già sussistente tra i due conjugi.*

779. Ciò è evidente; il diritto di continuazione di comunione, stabilito dallo Statuto di Parigi, consiste nel supporre, che la comunione, che eravi tra i conjugi, non sia stata disciolta per la morte di uno di essi, e che abbia continuato sino all' inventario, come lo abbiamo veduto sopra. Ora ciò suppone necessariamente l' esistenza di una comunione tra i conjugi in tempo della morte del predefunto; giacchè non può continuare se non ciò che esiste.

Non vi può dunque esser luogo ad una continuazione di comunione, sia che il contratto matrimoniale porti esclusione di comunione, sia che ve ne sia stata realmente una tra' conjugi, ma che venne disciolta, mentre vivevano, da una sentenza di separazione eseguita, e che più non sussisteva all' epoca della morte del predefunto.

Quando la sentenza di separazione intervenuta prima della morte del predefunto, non è stata eseguita, e che non siasi fatto in esecuzione di tale sentenza alcun inventario, saravvi egli luogo alla continuazione di comunione? Io credo di sì; imperciocchè non essendo stata eseguita, la si riguarda come non avvenuta, nè impedisce che la comunione non possa essere riguardata come non disciolta e come continuata. La ragione per cui la continuazione della comunione fu stabilita, milita intieramente in questo caso; avvegnachè la sentenza di separazione, ch' è intervenuta, e che non fu in alcun modo eseguita, non osta che la parte, che hanno i minori ne' beni della comunione da dividersi, non debba essere minutamente provata da un inventario; e che mancando il superstite, ch' è incaricato ad aver cura degli interessi di questi minori, di farla constare per tal mezzo, egli non debba esser soggetto alla pena della continuazione di comunione, che è il solo rimedio con cui si può venire al soccorso di questi minori contro la mancanza dell' inventario.

§ 2. *Seconda condizione: bisogna che il predefunto abbia lasciati per eredi uno o più figli minori del suo matrimonio, e che sieno a lei succeduti in una porzione dei beni della comunione.*

780. Ciò risulta dai termini dello *art.* 240: « Quando uno de' due conjugi passa all' altra vita, *e lascia qualche figlio minore del suo matrimonio* ,,

Non è necessario che il predefunto ne abbia lasciati parecchi, basta che ne abbia lasciato uno solo; come risulta da quei termini di detto articolo : IL FIGLIO O I FIGLI *possono, ove lo credano conveniente, ec.*

Sotto questi termini, *lasciando qualche figlio minore di detto matrimonio*, si debbono pure comprendere i nipoti che succedessero al predefunto per rappresentazione del loro padre o della loro madre, figlio del matrimonio, morto prima del predefunto; avveguachè i nipoti sono compresi sotto il vocabolo *figli, liberorum nomine nepotes continentur.*

781. Quando i figli, che il predefunto ha lasciati per suoi eredi, sono maggiori, non vi è luogo alla continuazione di comunione. Lo Statuto stabilendola pel caso in cui siavi qualche figlio minore, la esclude tacitamente per quello in cui fossero tutti maggiori, giusta l' assioma: *inclusio unius est exclusio alterius.* Il motivo di tale differenza si è che, quando i figli sono minori, non essendo per la loro inesperta età in istato di vegliare a' loro interessi, e di far constare mediante inventario la quota loro spettante ne' beni della comunione, il superstite, come colui ch' è incaricato de' loro interessi, deve farlo per essi; e quando vi manca, è soggetto alla pena della continuazione di comunione.

Al contrario, quando i figli sono tutti maggiori, il superstite non essendo incaricato de' loro interessi ai quali posson eglino vegliar da se stessi, ei non deve soggiacere alla pena della continuazione di comunione per la predetta mancanza; avvegnachè questi figli, essendo maggiori, ove accada una tale mancanza debbono accagionarne la loro e non l' altrui incuria.

782. In quegli Statuti, che reputano i figli maggiori all' età di venti anni, e che ammettono la continuazione della comunione a seconda di quello di Parigi, vi sarà egli luogo a siffatta continuazione quando il premorto abbia lasciato un figlio maggiore di vent' anni, sebbene al di sotto di venticinque? Lebrun, *l.* 3, *cap.* 3, *sez.* 2, sostiene con ragione l' affermativa. Imperciocchè questa maggior età statutaria è una maggior età imperfetta, che dà soltanto al figlio il diritto di amministrare i suoi beni, e che siccome essa non impedisce di considerarlo come minore per l' alienazione dei suoi fondi, e pel benefizio della restituzione in intiero trattandosi di materia importante, secondo la dottrina di Molineo, nelle sue note sopra l' *art.* 444 dello Statuto di Angiò, 445 del Manese ed altrove, non deve del pari impedire di riguardarlo come minore pel fatto della continuazione di comunione.

Per la stessa ragione, la continuazione di comunione ha luogo con un figlio minore, tuttochè all' epoca della morte del predefunto egli fosse maritato e fosse stato dotato dai suoi genitori. Conciossiachè sebbene il matrimonio lo emancipi e diagli il diritto di amministrare i suoi beni, non lo rende perciò maggiore; e la dote, che ha ricevuto, non impedisce che il superstite gli debba render conto di quella parte de' beni della comunione, che spetta all' eredità del premorto; ciò che basta perchè il superstite soggiaccia alla pena della continuazione, avendo mancato di far constare legalmente del mobiliare della comunione, di cui è responsabile verso di questo figlio per quella parte, che vi ha. Lebrun, *l.* 3, *cap.* 3, *sez.* 2, *n.* 12.

783. Quantunque la figlia minore, che il predefunto ha lasciato per sua erede, fosse allor maritata con un marito di età maggiore, vi sarebbe luogo egualmente alla continuazione di comunione. Imperciocchè lo Statuto l' ammette indistintamente, *quando uno dei conjugi lascia qualche figlio minore.* Perlochè il genero, sebbene maggiore, può a nome di sua moglie, che era minore, domandare al superstite, che mancò di far l' inventario, la continuazione di comunione.

784. Se il predefunto ha lasciato un figlio minore in tempo della sua morte, ma ch' è divenuto maggiore prima dello spirare del termine di tre mesi accordato al superstite per fare inventario, avvi egli luogo alla continuazione di comunione? Vaslin opina non esservi luogo, e cita per siffatta

opinione Lebrun, *l.* 3, *sez.* 1, *n.* 14. Dicesi a favore di tale opinione che nello Statuto di Parigi la continuazione della comunione, essendo la pena dell' ommissione d' inventario, il superstite non può nel caso proposto averla incorsa, giacchè non è stato in mora di farlo durante la minorità del pupillo, la quale ha cessato prima che spirasse il termine accordato per farlo; come non lo fu nemmeno dopo la sua maggior età, non essendo obbligato a fare inventario pe' suoi figli maggiori, ma soltanto pe' minori.

Cotesta opinione mi sembra contraria al testo dello Statuto. Que'termini dell' *art.* 240, *quando uno de' conjugi muore, e lascia qualche figlio minore* fanno comprendere esser precisamente al tempo della morte che lo Statuto considera se i figli sieno minori, perchè siavi luogo alla continuazione di comunione. Quindi basta che il figlio sia stato minore alla epoca della predetta morte, perchè il superstite abbia da quel momento contratta verso di questo figlio l' obbligazione di continuare la comunione, qualora entro il termine accordatogli non avesse adempita la condizione di fare inventario, che gli è prescritta per non soggiacervi. Una volta che il superstite ha contratta questa obbligazione verso il figlio minore, la maggior età di questo, che sopraggiunge, non può estinguerla mai.

785. Allorchè il figlio lasciato per erede dal predefunto, era bensì maggiore, ma in istato di demenza, vi sarà luogo in tal caso alla continuazione della comunione? Per la negativa dirassi, che le disposizioni dello Statuto sono di rigoroso diritto, *stricti juris*, nè sono suscettibili di estensione, sopra tutto quando sono penali come è quella, che stabilisce la continuazione della comunione: che quindi lo Statuto di Parigi non avendo accordata questa continuazione che ai soli figli minori, e non essendosi spiegato pel caso de' maggiori, che si trovassero in istato di demenza, la sua disposizione non vi deve essere estesa. Dall' altra parte può dirsi con più ragione per l' affermativa, che *ubi eadem aequitas et eadem ratio occurrit, idem jus statuendum est*. Codesto figlio, che trovasi in demenza, quantunque maggiore, non è più in istato di provveder da se stesso a' proprj interessi, e di provare mediante inventario qual sia la quota, che gli appartiene nella comunione, di quel che lo sieno i minori. Il superstite non dev'esser meno obbligato ad aver cura de' suoi interessi, di quel che lo sia riguardo a quelli de' suoi pupilli; laonde non dev' esser meno tenuto a far constare mediante inventario la quota di questo figlio insensato, di quel che lo sia riguardo a quella dei suoi minori; e non avendolo fatto, egli soggiace alla stessa pena della continuazione di comunione, alla quale è soggetto verso de' suoi figli minori. Rapporto a ciò, che si dice, che la disposizione dello Statuto è una disposizione penale, che non è suscettibile di estensione, la risposta è, che sebbene sia penale, ella è nondimeno favorevolissima, poichè tende ad evitare delle liti e delle discussioni, che sarebbero inevitabili ove fosse mestieri di entrare in esame per sapere a che poteva ammontare la porzione de' figli all' epoca della morte del predefunto. Questo è il parere di Lebrun, *cap.* 3, *sez.* 2, *n.* 51.

786. Perchè siavi luogo alla continuazione di comunione fa d' uopo, che i figli minori lasciati dal predefunto sieno stati suoi eredi, o per lo meno suoi successori a titolo universale, come è un figlio minore donatario o legatario universale della totalità o di una parte de' beni del predefunto, come sono parimenti i figli minori di un uomo condannato a pena capitale, a' quali il principe fece remissione della confisca. In tutti questi casi i figli minori hanno diritto di domandare la continuazione della comunione al superstite, che non ha fatto inventario.

Ma egli è evidente, che la continuazione di comunione non può essere chiesta nè da un diseredato, nè dalle figlie le quali, attesa la dote da esse ricevuta, vengono escluse in certi Statuti dalla successione; nè da' figli, che hanno rinunciato all' eredità del premorto, a meno che non si facciano restituire in intiero contro la loro rinunzia.

787. Nè basta ancora, che i figli

sieno stati eredi del predefunto; bisogna che gli sieno succeduti in una parte de' beni della comunione. Quindi se per una clausola del contratto di matrimonio gli eredi del predefunto non potessero pretendere che una certa somma per ogni diritto di comunione, in tal caso non vi potrebbe esser luogo alla continuazione della medesima. Imperciocchè il loro diritto essendo fissato ad una somma determinata e invariabile, nè avendo alcuna parte nell' attivo e nel passivo della comunione, eglino non possono avere alcun interesse, che i beni della comunione sieno provati da un inventario. Perciò non possono lagnarsi della di lui mancanza per parte del superstite, nè pretender da questo in risarcimento la continuazione di comunione.

Per la stessa ragione non vi può essere luogo alla continuazione della comunione, allorquando i figlio eredi della predefunta loro madre hanno rinunziato alla comunione, finchè questa rinunzia sussiste; ma se mediante rescritto di rescisione si sono fatti restituire in intero contro la loro rinunzia, potranno benissimo domandare la predetta continuazione.

788. Perchè siavi luogo alla continuazione di comunione, fa d' uopo, che i figli minori eredi del predefunto, sieno figli del matrimonio del predefunto e del superstite; poichè se il predefunto avesse lasciati de' figli minori di un matrimonio precedente, non vi sarebbe luogo alla continuazione di comunione, mentre dice lo Statuto, *figli minori di detto matrimonio*. La ragione è, che il superstite non essendo incaricato degl'interessi di questi figli, che non sono suoi, non deve soggiacere alla pena della continuazione di comunione per aver mancato di fare inventario, onde provare qual parte loro spettasse ne' mobili.

Si è preteso che quantunque il predefunto non avesse lasciato che dei figli di un precedente matrimonio, sarebbevi tuttavia un caso nel quale questi figli potrebbero domandare al superstite la predetta continuazione di comunione; ed è quello in cui una moglie fosse passata a seconde nozze, senza aver fatto, sino alla di lei morte, inventario per disciogliere la comunione co' suoi figli avuti dal primo marito. Pretendesi che questi figli, i quali vivente la loro madre formavano, per così dire, una testa nella continuazione della comunione, che tra loro esisteva, cioè tra la loro madre ed il loro padrigno, possano dopo la morte della loro madre, nella loro qualità di figli minori eredi della medesima, domandare al loro padrigno la continuazione di comunione. Duplessis, che riferisce una siffatta opinione, la rigetta egli stesso e con ragione. Lo Statuto avendo detto: quando uno de' conjugi muore, e lascia qualche figlio *di detto matrimonio*, dichiara formalmente ch' esso non ammette la continuazione di comunione, senonchè quando il predefunto abbia lasciato qualche figlio minore nato dal suo matrimonio col conjuge superstite; e che non la ammette in alcun modo quando abbia lasciato soltanto de' figli di un matrimonio precedente. Perciò nel caso su esposto la morte della moglie non può dar luogo alla continuazione di comunione; ma essa discioglie e la comunione di questa moglie con suo marito, e quella altresì in cui trovavasi co' di lei proprj figli.

789. Allorquando il superstite è donatario in proprietà della parte del predefunto sì ne' mobili, che negli acquisti, oppure soltanto ne' mobili della comunione, fuvvi questione se, anche in tal caso, siavi luogo alla continuazione di comunione, essendosi omesso dal superstite il richiesto inventario riguardo a' suoi figli minori. La negativa sembra ragionevole a primo aspetto. La mira dello Statuto di Parigi, obbligando il superstite a fare inventario a' suoi figli minori eredi del predefunto consorte, e stabilendo contro esso la pena della continuazione di comunione quando manchi di farlo, fu quella di far constare l' ammontare della quota, che spettasse ai figli nel mobiliare della comunione, che si è trovato all' epoca della morte del predefunto. Quando il superstite manca di farla constare mediante inventario, lo Statuto viene in soccorso de' figli; e per indennizzarli, e sostituir qualche

cosa, che loro tenga luogo della quota, che ad essi spettava in quel mobiliare, che per mancanza d' inventario è difficile di verificare, accorda ad essi in vece una parte in tutti i beni della continuazione di comunione, che a tale effetto esso fa continuare. D' onde segue, che la continuazione della comunione non essendo accordata ai figli senonchè in luogo e sostituzione della quota del mobiliare nella quale eglino sono succeduti al premorto, non possono pretenderla, quando non sieno succeduti in virtù della donazione, che il predefunto ne avesse fatta al superstite.

Al contrario, per sostenere, che questa donazione non impedisca, che siavi luogo alla continuazione di comunione per mancanza d' inventario, si dice che, sebbene il mobiliare del predefunto sia stato donato al superstite, i figli però hanno interesse, che lo si provi mediante inventario; 1. per conoscere la porzione, che deve sostenere il superstite donatario ne' debiti dell' eredità del premorto, a motivo della donazione di questo mobiliare; 2. per sapere se tal donazione pregiudichi o no la loro legittima. La risposta si è, che in questo caso non si rimedia già alla mancanza d' inventario colla continuazione della comunione, ma col far salire, al tempo del contributo de' debiti, il mobiliare compreso nella donazione al più alto prezzo, che si possa verisimilmente credere aver esso potuto montare, o, meglio ancora, coll' offrire il superstite d' incaricarsi solo di tutti i debiti. Rapporto alla legittima, la grande quantità di beni immobili lasciati dal predefunto nella sua eredità può assicurare che la donazione del mobiliare non ha potuto pregiudicar la legittima. Lemaître, allega una terza ragione, che consiste nel dire, che i figli hanno interesse, che si provi mediante inventario la quantità del mobiliare dal predefunto donato al superstite, poichè nel caso, che il superstite si rimaritasse, questo mobiliare a lui donato deve, giusta il secondo capo dello editto delle seconde nozze, esser loro restituito dopo la morte del predetto superstite. Hassi dunque a stabilire una continuazione di comunione, nella quale si deve loro accordare una parte, affinchè questa tenga luogo per essi del mobiliare compreso nella donazione. La risposta è, che il mobiliare donato al superstite, non dovendosi restituire ai figli senonchè nel caso in cui il superstite si fosse rimaritato, ed anche in tal caso dovendo restituirsi soltanto dopo la di lui morte, è questa una conseguenza ch' eglino non potrebbero, almeno sopra tal fondamento, pretendere la continuazione di comunione, che n' è il compenso, fintantochè il superstite non si rimariti; ed anche nel caso in cui si fosse rimaritato, non la potrebbero pretendere senonchè dopo la di lui morte.

Allegasi una sentenza del 6 giugno 1673, riportata nel terzo tomo del Giornale delle Udienze, *l.* 6, *cap.* 7, e da Brodeau sopra *Louet*, colla quale venne deciso esservi luogo alla continuazione di comunione quantunque nel caso di cui si trattava il superstite fosse donatario in proprietà dei mobili ed acquisti del predefunto. La risposta si è, che tal sentenza essendo stata emanata nel Poitou, ed in conseguenza secondo lo Statuto di quel paese, non è applicabile a quelle, che si emanano in Parigi; avvegnachè lo Statuto del Poitou ha principj totalmente diversi, riguardo alla continuazione della comunione, da quelli dello Statuto di Parigi. Il primo ammette codesta continuazione, sia che i figli si trovino in età minore, sia che l' abbiano trascorsa; e quindi non l' ammette in forma di pena, giacchè la fa risultar solamente dalla mescolanza dei beni. Ella è secondo questo Statuto una società, che si reputa contratta tra il superstite ed i figli, ove non siavi dichiarazione in contrario, e nella quale basta, che i figli conferiscano le rendite de' loro beni proprj, quando altro non possano conferirvi, e che il superstite, non facendo veruna contraria dichiarazione, se ne sia chiamato contento.

Si oppone con maggior fondamento una sentenza del 10 luglio 1627, la quale ha deciso, che nello Statuto di Dreux, che non fa parola della continuazione di comunione, vi era luogo a tale continuazione co' figli minori in mancanza d' inventario, tuttochè

nel caso di quella sentenza il superstite fosse donatario de' mobili ed acquisti in proprietà. La sentenza è in forma di regolamento, e prescrive, che venga letta nei tribunali di Dreux e Chartres; essa è riportata da Auzanet e da Joui nella sua raccolta de' regolamenti.

790. Quando un figlio è stato dotato da' suoi genitori colla clausola che esso non potrebbe domandare inventario nè divisione al superstite, e che all' epoca della morte del predefunto si trovi ancora in età minore, il superstite è egli dispensato dalla predetta clausola di fare inventario, per impedire la continuazione di comunione? No; la clausola del contratto di matrimonio dà solo al superstite il diritto di godere della porzione di questo figlio ne' beni della comunione, come lo permette l' *art.* 281 dello Statuto. La proprietà di questa porzione appartiene al figlio; è dunque necessario di farla constare mediante inventario, ed il superstite non facendolo, si sottomette alla continuazione di comunione, che vi deve supplire. Il figlio colla clausola del contratto di matrimonio non si obbliga ad altro, che a rimanere in continuazione di comunione col superstite, finchè questi non giudicherà a proposito di fare inventario, ed a lasciar godere il superstite della sua parte.

§ 3. *Terza condizione: l' inosservanza di alcuna di quelle cose, che lo Statuto richiede per lo scioglimento della comunione.*

791. Se il predefunto de' due conjugi, in comunione di beni, abbia lasciato per eredi de' figli minori del suo matrimonio, lo Statuto di Parigi esige in tal caso dal superstite certe cose per sciogliere la comunione. Ove egli tutte le osservi, non vi è luogo alla continuazione di comunione, ma vi sarà luogo ove manchi ad una sola.

La prima cosa, che lo Statuto di Parigi esige per impedire la continuazione della comunione, è che il superstite faccia inventario.

792. Questo inventario dev' essere una descrizione esatta di tutti i mobili corporali di cui la comunione è composta, non che di tutti i titoli, documenti ed indicazioni de'beni di essa.

Deve inoltre contenere la stima di ciascuno de'detti mobili corporali fatta da un usciere stimatore nominato dal superstite e dal contraddittore; il quale usciere per far questa stima si fa assistere da pubblici rivenditori.

Se le parti non possono convenire tra loro nella nomina di questo usciere stimatore, il giudice ne nominerà uno; ed in que' luoghi ne' quali non vi sono uscieri stimatori, la stima si farà da' periti nominati dalle parti o dal giudice, i quali presteranno giuramento dinanzi al giudice.

793. Il detto inventario dev' essere esatto e contenere tutti i beni della comunione noti al superstite. Lo scopo, che lo Statuto si propone nell' esiger siffatto inventario, essendo quello di far constare della porzione, che compete ai minori nei beni comuni, egli è evidente, che il superstite non lo adempie con un inventario infedele, che non contiene tutti gli effetti, che sono a sua cognizione, e per conseguenza un tale inventario non può impedire la continuazione della comunione.

Fa stupore, che il sig. Camus in un atto di notorietà del *Châtelet* di Parigi in data del 18 gennajo 1707 sia stato di contrario parere, ed abbia opinato, che un inventario, tuttochè infedele e inesatto, purchè rivestito fosse delle sue formalità esterne, non lasciava d' impedire la continuazione di comunione, e dava soltanto luogo all' azione *rerum amotarum*. Cotesta opinione è stata proscritta dalle decisioni del 4 settembre 1747, del 18 maggio 1752, ed altre simili riportate da Denisart sotto il vocabolo *Continuazione di comunione*.

Ma benchè sienvi delle omissioni nell' inventario, quando non sono maliziose, le cose omesse avendo potuto sfuggire alla memoria del superstite, l' inventario non lascia perciò di essere valido, e d' impedire la continuazione di comunione, salvo l' aggiungervi in seguito ciò che sopraggiungesse alla di lui cognizione, imperciocchè le leggi non intendono di obbligare all' impossibile. Lo Statuto di Parigi, obbligando il superstite ad un inven-

tario, per impedire la continuazione di comunione, non intende obbligarlo che ad un inventario dei beni, che sono alla di lui cognizione.

Rapporto alla questione di sapere, quando le omissioni, che si trovano nell' inventario, si debbano presumere maliziose o no, veggasi quanto fu detto *supra*, n. 688.

794. Riguardo alla forma nella quale deve farsi questo inventario, per Parigi havvi un regolamento del 6 aprile 1632, il quale ordina, che debba essere fatto innanzi notajo, e scritto da lui o dal suo scritturale, e non già per mano dell' una o dell' altra delle parti. Deve inoltre essere rivestito di tutte le formalità richieste negli atti notariali. Renusson riferisce una sentenza, che dichiarò nullo un inventario, e continuata la comunione, perchè non era sottoscritto, che da un solo notajo o dalle parti.

795. Lo Statuto non si è spiegato entro qual corso di tempo questo inventario debba farsi. L' uso ha fissato lo spazio di tre mesi per cominciarlo e terminarlo, fondandosi sull'Ordinanza del 1667, la quale in un altro caso accordò questo termine alle vedove per fare inventario.

Qualora il superstite abbia lasciato scorrere questo tempo senza fare e terminare il suo inventario, quello che fosse stato fatto posteriormente, non può impedire, che siavi stata continuazione di comunione dopo la morte del predefunto; esso non potrebbe, che arrestare il corso di siffatta continuazione.

Il sig. Lamoignon, all' *art.* 115 delle sue sentenze, è di parere, che non si possa allegare la mancanza di questo inventario, se non dopo tre mesi.

Ma quando il superstite abbia terminato il suo inventario entro i tre mesi dalla morte del predefunto, e che abbia soddisfatto a tutte le altre cose richieste dallo Statuto, questo inventario impedisce, che vi sia stata alcuna continuazione di comunione. La comunione si reputa in questo caso disciolta dal giorno della morte del predefunto, non già solamente da quello dell' inventario. Perlochè, se il superstite avesse acquistata qualche cosa nel tempo intermedio fra la morte del predefunto e l' inventario, avrebbe per se solo acquistato, e non sarebbe obbligato di comprenderla nell' inventario tra i beni della comunione. La ragione ne è manifesta. La continuazione di comunione è una pena che lo Statuto ha fissata contro il superstite; ora, il superstite non può esser soggetto a veruna pena, allorchè adempie entro il prescritto termine a quanto lo Statuto esige da lui: non vi può dunque esser luogo in questo caso alla continuazione di comunione.

796. La seconda cosa, che lo Statuto esige dal superstite è, ch' egli faccia il suo inventario *con un legittimo contraddittore*; questi sono i precisi termini dell' *art.* 240, che sono stati inseriti al tempo della sua riforma.

Questa disposizione dello Statuto di Parigi sulla presenza di un legittimo contraddittore all' inventario, affinchè questo abbia vigore di sciogliere la comunione, venne estesa a quegli Statuti, che non si sono spiegati su questa materia. Così è stato uniformemente giudicato da parecchie sentenze, tra le quali avvene una del 1727 resa dalla quarta camera dei ricorsi, sopra rapporto del signor Lambelin, che applicolla allo Statuto di Roye.

797. Il legittimo contraddittore è il tutore de' minori, quando sia tutt' altro, che il superstite. Ma quando lo stesso superstite è il tutore dei suoi figli minori, deve farloro nominare dal giudice un surrogato tutore, che altrimenti chiamasi *curatore per inventario*. Ad Orleans dicesi *auteur* (autore). Il giudice nomina quello, che è eletto dai parenti convocati a tal fine davanti a lui nel numero di cinque o sei per lo meno, o, in mancanza di parenti, da vicini ed amici.

Questo surrogato tutore, per avere veste e carattere, deve prestar giuramento innanzi al giudice, come ha stabilito il sig. d' Aguesseau nella sua arringa, che trovasi nel quarto tomo delle sue opere, sulla quale è intervenuta sentenza del 20 giugno 1698 che ha dichiarato nullo un inventario fatto con un surrogato tutore nominato dal giudice, perchè questi non aveva prestato il suo giuramento; ed ha dichiarato in conseguenza esser continuata la comunione.

Prestato che abbia il giuramento, questo surrogato tutore è il legittimo contraddittore col quale l' inventario deve farsi, perchè sia valido ed atto ad impedire la continuazione della comunione. Vi può assistere o egli stesso o per mezzo d' una persona munita di sua procura speciale. È cosa evidente ch' egli non può incaricare della sua procura il superstite, mentre la stessa persona non può sostenere in un atto delle parti opposte.

L' inventario, che si facesse coi parenti più prossimi del minore, anche collo stesso loro avo dal lato del conjuge predefunto, non è valido, se questo avo o altro parente, col quale l' inventario fu fatto, non è stato nominato dal giudice per surrogato tutore ai minori.

Per quanto sia grande la presunzione, che i vincoli del sangue inspirino a questo avolo dell' attaccamento agl' interessi dei minori, e per quanto ei sia stato diligente nel far questo inventario, basta ch' ei non sia stato nominato dal giudice, perchè sia stato senza qualità, e perchè ei non sia il LEGITTIMO *contraddittore*, col quale lo Statuto ha prescritto, che l' inventario fosse fatto; e perchè in conseguenza l' inventario fatto con esso lui non sia valido, e non abbia potuto impedire la continuazione della comunione; conciossiachè le formalità, che gli Statuti prescrivono, debbono esser letteralmente, e non per equipollenza osservate.

Per la stessa ragione, l' uffiziale, incaricato del ministero pubblico, alla cui presenza il superstite avesse fatto il suo inventario, non può supplire al legittimo contraddittore, col quale lo Statuto volle, che fosse fatto.

L' inventario dev' essere non solamente incominciato, ma intieramente terminato col surrogato tutore. Se dopo essere stato incominciato con lui, egli venisse a morire prima che fosse compito, converrebbe nominare un altro in suo luogo, col quale dovrebbesi terminar l' inventario.

798. La terza formalità, che lo Statuto di Parigi esige per impedire la continuazione di comunione, è che il superstite faccia chiudere il suo inventario entro il periodo di tre mesi dacchè è stato fatto.

Perciò il superstite si presenta innanzi al giudice insieme col notajo, che deve esibire la minuta originale dell' inventario. Il giudice riceve il giuramento del superstite di aver compresi nell' inventario, ch' ei presenta, tutt' i beni, carte e documenti della comunione, che sono a di lui cognizione, e gliene dà atto, che viene registrato dal cancelliere sulla minuta dell' inventario, tanto nell' intestazione che nel fine. Così è prescritto dallo atto di notorietà del 1 gennajo 1701 poc' anzi citato. Per sentenza di regolamento del 1655, riportata da Joui ciò deve farsi in presenza del legittimo contraddittore, che deve sottoscrivere la minuta dell' atto di chiusura.

Mancandosi di far questa chiusura nel tempo sopraindicato, l' inventario, tuttochè fatto immantinenti dopo la morte del predefunto, con tutte le regole prescritte, e con un legittimo contraddittore, non è valido, e come tale non atto ad impedire la continuazione della comunione; il che è indicato espressamente dall' *art.* 241.

La formalità della chiusura d' inventario prescritta dallo Statuto di Parigi è stata estesa a quegli Statuti i quali per lo scioglimento della comunione richiedono un inventario, senza spiegarsi sulla sua chiusura: il che è stato giudicato per lo Statuto di Senlis con sentenza del 5 marzo 1722 emanata in forma di regolamento. Tutte le cose, che si richiedono per disciogliere la comunione, sono del pari richieste nel caso, che la moglie rinunciasse alla medesima. Questa è la disposizione di una sentenza di regolamento del 4 marzo 1727, emanata sopra le conclusioni del sig. d' Aguesseau. Mediante questa sentenza la corte decidendo sulla requisitoria del procuratore generale del re, ordina che per lo avvenire, accadendo la morte di uno de' conjugi, che lasci dei figli minori del loro matrimonio, il conjuge, che sopravvive, sarà tenuto di fare un esatto e fedele inventario con persona capace e legittimo contraddittore, ed a farlo chiudere giudizialmente entro i tre mesi, anche nel caso in cui la moglie superstite avesse rinunziato alla comunione; e mancando di ciò fare il superstite sa-

rà continuata la comunione, ove i figli la trovino conveniente.

799. Quanto è prescritto dallo Statuto ad oggetto che l' inventario possa impedire la continuazione di comunione, essendo stabilito in favore de' figli minori, che il predefunto ha lasciati per suoi eredi, essi soli possono opporne i difetti, non essendo il superstite ammissibile a far questa opposizione. Perlochè sebbene un inventario sia stato fatto dopo la morte del predefunto senza legittimo contraddittore, nè sia stato chiuso, se i figli non lo disapprovano e domandano al superstite la loro quota ne' beni della comunione a tenore di questo inventario, il superstite non può sottrarsene, nè viene ammesso ad opporre, che questo inventario è nullo, che la comunione ha continuato, e che bisogna farne un altro.

§ 4. *Quarta condizione: perchè siavi continuazione di comunione, fa d' uopo che essa venga richiesta.*

800. La continuazione di comunione non consistendo, giusta lo Statuto di Parigi, che in un diritto ed una facoltà, che questo Statuto accorda ai figli minori, di chiedere al superstite una porzione nella totalità dei mobili ed acquisti fatti dal superstite dopo la morte del predefunto, che il superstite si trova avere, come se la comunione avesse sempre continuato per rapporto a queste cose, la quale porzione loro tien luogo di risarcimento allorchè detto superstite ha mancato di far constare di quella, che loro apparteneva ne' beni della comunione all' epoca della morte del predefunto, ne segue, che fintantochè i figli o loro rappresentanti non abbiano usato di questa facoltà, che loro accorda lo Statuto, e che non abbiano richiesta al superstite la continuazione di comunione, non si può dire, che la comunione sia continuata; imperciocchè è della natura di tutti i diritti, che consistono in una certa facoltà, di non poter aver luogo, che quando le persone, cui la facoltà viene accordata, ne vogliano usare.

Secondo questi principj, se il predefunto dei due conjugi abbia lasciato per erede un figlio del loro matrimonio, e che il superstite dopo avere vissuto lungo tempo senza fare inventario, e senza che questo figlio abbia promossa alcuna domanda contro di lui, muore e lascia per unico erede questo figlio istesso, non vi sarà stata in tal caso continuazione veruna di comunione. Imperciocchè il figlio, che aveva la facoltà di domandarla al superstite, non avendogliela mai chiesta mentre viveva, non può più domandarla dopo la morte del superstite, perchè egli ne è l' unico erede.

Perchè, in questo caso, tutti gli acquisti fatti dal superstite dopo la morte del predefunto, non saranno punto considerati come acquisti fatti in continuazione di comunione, ma come acquisti fatti dal superstite per suo conto solo. Il figlio sarà riputato averli raccolti per la totalità nella successione del superstite, e si riputeranno per conseguenza, nell' eredità del figlio, essere per lo totale beni proprj derivanti dal lato del superstite; dovechè se vi fosse stata continuazione di comunione, sarebbero stati per metà acquisti nella persona del figlio, e beni proprj derivanti dal lato del superstite per l' altra metà solamente.

ARTICOLO II.

In qual caso siavi luogo alla continuazione della comunione, secondo i principj dello Statuto di Orleans.

801. Lo Statuto di Orleans in nulla differisce da quello di Parigi, quanto alla prima condizione richiesta, perchè siavi luogo alla continuazione della comunione, come si è veduto al n. 779. Sì ad Orleans che a Parigi non vi può esser continuazione di comunione quando non vi sia stata in tempo della morte del predefunto una comunione tra i conjugi.

802. Riguardo alla seconda condizione, grande è la differenza fra questi due Statuti. Quello di Parigi non l'ammette, senonchè quando il predefunto lascia per eredi de' figli del matrimonio de' due conjugi, che sieno minori all' epoca della morte del predefunto; al contrario, lo Statuto di Orleans stabilisce una continuazione

di comunione tra il superstite e gli eredi dei predefunto, qualunque sieno, tanto figli di un altro matrimonio quanto semplici collaterali, sì maggiori che minori.

Ciò risulta da que' termini dell' *art.* 216 dello Statuto di Orleans poc' anzi citato. *La comunione dei beni si continua e conserva tra il superstite per la metà, e i detti figli o altri parenti ed eredi per l' altra metà, ciascuno per le loro porzioni virili ed ereditarie.* La ragione è, che nello Statuto di Orleans la continuazione di comunione si fonda unicamente sulla mescolanza de' beni; perciò questo Statuto non considera in coloro, che mette in continuazione di comunione col superstite, senonchè la loro sola qualità di eredi e successori a' beni del defunto.

803. Perchè siavi luogo alla continuazione di comunione tra gli eredi del predefunto ed il superstite, fa d' uopo, come a Parigi, che i detti eredi del predefunto gli sieno succeduti in una parte almeno de' beni della comunione. Perlochè qualora si è convenuto nel contratto di matrimonio de' conjugi, che gli eredi del predefunto non avranno per ogni qualunque dritto di comunione che una certa somma determinata, non vi è in tale caso veruna continuazione di comunione, come non ve n' ha a Parigi. Imperciocchè gli eredi del predefunto, non avendo in tal caso alcuna parte ne' beni della comunione, e quindi nessun bene frammisto e comune con quelli del superstite, contro il quale non esiste che un credito di una somma determinata, non vi può in conseguenza esser luogo alla continuazione di comunione, la quale non è fondata che sopra questa mescolanza di beni.

804. Per la stessa ragione non vi è luogo fra nobili alla continuazione della comunione nello Statuto di Orleans, allorchè gli eredi del predefunto sono figli minori, che cadono sotto la così detta *garde noble* del superstite; conciossiachè lo Statuto accordando al superstite per emolumento di detta nobile custodia tutto il mobiliare, ch' è toccato a'suoi minori dall' eredità del predefunto, come pure l' intiera rendita degl' immobili, che loro provengono dalla predetta eredità, nulla rimane a' detti minori, la di cui mescolanza co' beni del superstite possa formare una continuazione di comunione.

Questo caso della custodia nobile è quello che lo Statuto intende eccettuare dalla continuazione di comunione con que' termini dell' *art.* 216, *se di due non nobili*, ec. Quando non vi è luogo a tale custodia nobile, sia perchè il superstite vi abbia rinunciato, sia perchè i figli alla morte del predefunto avevano già trascorso l' età in cui cadono per legge sotto la detta custodia, non vi è luogo in questo caso alla continuazione di comunione tanto fra nobili quanto fra non nobili; ciò che apparisce chiaramente dall' *art.* 184 dell' antico Statuto di Orleans, che dice: *nondimeno se, fra nobili, il superstite vuol prendere i mobili, lo può fare assumendo però la custodia de' figli minori*, ciò facendo, *non ha luogo la predetta comunione.*

Siffatta interpretazione è costante in pratica, nè vi ha chi dubiti nella provincia, che la continuazione di comunione, tra nobili, abbia luogo qualora non siavi detta custodia nobile.

805. Se il predefunto abbia lasciato per eredi più figli, gli uni de' quali sieno caduti nella predetta custodia nobile, e gli altri ne abbiano passata l' età, allora la continuazione di comunione non ha luogo per quelli, che caddero sotto detta custodia; ma ha luogo per quelli, che non vi sono caduti.

806. Quale sarà in questo caso la parte spettante nella continuazione di comunione a' figli co' quali essa ha continuato? Supponiamo che il predefunto abbia lasciati tre figli, due de' quali sieno caduti sotto la predetta custodia, e che siavi stata continuazione di comunione col terzo, qual parte avrà questo terzo figlio nella continuazione di comunione? Egli vi avrà in testa propria un terzo della metà, che forma un sesto del totale. Questo è ciò che risulta dallo *art.* 216 dello Statuto di Orleans, che dice: *la comunione di beni continua tra il superstite per la metà, ed i detti figli*

ed eredi per l'altra metà, *ciascuno per la rispettiva porzione virile ed ereditaria*. In questo caso il figlio col quale la comunione continua, essendo erede per un terzo della quota del predefunto, la di lui porzione virile ed ereditaria, che deve avere in nome proprio nella comunione, è, secondo questo articolo, come già lo abbiamo detto, un terzo della metà, che forma un sesto del totale. La difficoltà cade su gli altri due terzi della metà, che sarebbero appartenuti ai due altri figli, ove la comunione avesse parimenti continuato con essi, e non fossero caduti nella predetta custodia. Queste due porzioni apparterranno forse al solo superstite, come a colui, che è succeduto a'detti figli in forza della predetta custodia? Ovvero il superstite sarà egli tenuto a dividerli insieme col figlio, con cui trovasi essere in continuazione di comunione, *pro rata* delle porzioni. che il superstite e detto figlio vi hanno ciascuno di suo particolare diritto?

La ragione di far questa divisione si è, che la continuazione di comunione avendo cominciato dal momento della morte del predefunto, ha cominciato dallo stesso tempo che il diritto di custodia si è aperto a favore del superstite. Ogni diritto, che n'è derivato al superstite in forza della predetta custodia, è stato dunque da lui acquistato durante la continuazione della comunione, e deve per conseguenza cadere in essa. Imperciocchè è di massima, che tutto ciò che il superstite acquista durante la continuazione della comunione, in essa cade. Egli è vero, che in virtù dell' *art.* 217, lo Statuto ne eccettua ciò, che perviene al superstite per successione o legato; ma l' emolumento d' una custodia, non è nè una successione nè una donazione; è una specie di contratto in forza del quale il custode acquista da' figli, che cadono nella custodia, le cose che vi entrano, in compenso di certi pesi a'quali egli assoggettasi verso di loro; questa convenzione essendo fatta durante la continuazione di comunione, le cose, che ne sono state l'oggetto, vi devono cadere.

Secondo questi principj il superstite avendo, durante la continuazione di comunione, in cui egli trovavasi col di lui terzo figlio, acquistate per diritto di custodia le porzioni degli altri due figli, queste porzioni hanno dovuto cadere nella predetta continuazione, e dividersi tra il superstite e il figlio che trovasi in continuazione di comunione con esso lui. Tanto più ciò deve essere, in quanto che i carichi della custodia essendo soddisfatti sopra i fondi di questa continuazione di comunione, ed il terzo figlio soggiacendo in conseguenza per la sua parte a' detti pesi, è giusto che partecipi ancora dell'emolumento.

La ripartizione delle quote spettanti ai due figli caduti nella custodia dovendosi fare, come abbiamo detto, tra il superstite ed il terzo figlio con cui trovasi in continuazione di comunione, in proporzione delle quote, che ha ciascuno di essi in questa continuazione di comunione, il superstite avendo la metà, ed il figlio un sesto nel totale, la parte del superstite essendo per conseguenza tripla rispetto a quella del figlio, il superstite deve avere in questa ripartizione una porzione tripla di quella che vi deve prendere il figlio. Le porzioni de'figli caduti sotto la custodia, che debbono ripartirsi tra il superstite ed il figlio, che continua in comunione, essendo ciascuna di un sesto del totale, ciò che forma per le due porzioni quattro dodicesimi riguardo al totale; il superstite deve, giusta ciò che abbiamo detto, averne tre dodicesimi ed il figlio l' altro dodicesimo che rimane.

In conseguenza il superstite avrà ne'beni della continuazione di comunione per suo diritto la metà o sei dodicesimi, e nella surriferita ripartizione tre dodicesimi; ciò che fa nel totale nove dodicesimi, ovvero i tre quarti; ed il figlio vi avrà di suo diritto due dodicesimi, e nella ripartizione surriferita, un dodicesimo; ciò che fa in tutto tre dodicesimi, o sia un quarto.

804. Secondo lo Statuto di Orleans la donazione universale de' mobili, fatta in proprietà al superstite, non impedisce punto la continuazione di comunione tra il superstite e gli eredi

del predefunto, sebbene in forza della donazione, questi eredi non debbano conferirvi dalla loro parte verun mobile, imperciocchè basta che vi sieno nell'eredità del predefunto degl' immobili, perchè la mescolanza delle rendite de' detti immobili con quelli del predefunto, formi una continuazione di comunione.

808. La clausola con la quale un figlio dotato dai suoi genitori abbia promesso di non domandare nè inventario nè divisione al superstite, non può impedire neppure ad Orleans la continuazione di comunione; imperocchè questa clausola non osta che il figlio in tal modo dotato abbia una parte nella continuazione di comunione.

809. Lo Statuto di Orleans è altresì diversissimo da quello di Parigi, per rapporto alla terza condizione.

Prima differenza. Non è precisamente necessario ad Orleans, come lo è a Parigi, per impedire la continuazione di comunione, che il superstite faccia un inventario. Qualunque atto, purchè sia per iscritto, col quale le parti dichiarino o dieno bastevolmente a capire ch'esse non intendono continuare la comunione de'beni, è sufficiente per impedirla. Ciò risulta da que'termini dell' *art.* 216 dello Statuto di Orleans: *non facendo il predetto superstite alcun inventario*, o *divisione*, O NON VENENDO ALTRIMENTI DISPOSTO TRA LE PARTI. Lo Statuto di Orleans non esige dunque precisamente un inventario o una divisione per impedire la continuazione di comunione, mentre si contenta per ciò, *che le parti ne abbiano disposto altrimenti* mediante un atto qualunque.

La giurisprudenza modificò questa libertà troppo estesa, che accorda lo Statuto di Orleans, d'impedire la continuazione di comunione per mezzo di qualunque atto contenente una disposizione contraria. Le sentenze emanate sotto questo Statuto hanno deciso che quando gli eredi del predefunto sono minori, la continuazione di comunione non può essere impedita, che per mezzo di un inventario fatto con un legittimo contraddittore.

810. *Seconda differenza.* Lo Statuto di Orleans non esige in verun caso la chiusura dell'inventario. L' inventario non chiuso ha tutta la sua perfezione, per impedire la continuazione; nulla di meno, ove gli eredi esigano dal superstite, ch'egli attesti la fedeltà e l'esattezza del suo inventario davanti il giudice, egli non può rifiutarlo, dietro la citazione datagli a tale effetto.

811. *Terza differenza.* Abbiamo veduto che nello Statuto di Parigi l'inventario, per impedire la continuazione della comunione, doveva essere fatto entro i tre mesi. Nello Statuto di Orleans la continuazione di comunione essendo stata stabilita a somiglianza di quelle antiche società tacite, che si contraevano in forza della mescolanza dei beni durante un anno ed un giorno, quando non siavi una protesta in contrario, come lo abbiamo veduto *supra*, n. 773, sembra derivarne per conseguenza, che per impedire la continuazione di comunione, secondo il predetto Statuto, basti che intervenga un atto di disposizione contraria entro l'anno, contando dal giorno, ch'è stata o ha potuto esser nota agli eredi la morte del predefunto. Tuttochè una simile decisione mi sembri vera e conforme allo spirito dello Statuto di Orleans, e ch' io stimi doversi così giudicare ove l' occasione si presentasse, nondimeno, siccome nell'uso non si suole aspettare sì lungo tempo, un superstite, che vuole impedire la continuazione della comunione, opererà prudentemente, facendo e terminando il suo inventario entro i tre mesi.

812. Rapporto alla quarta condizione necessaria perchè siavi continuazione di comunione, le massime dello Statuto di Orleans sono diametralmente opposte a quelle dello Statuto di Parigi. Abbiamo veduto che nello Statuto di Parigi la continuazione di comunione, non essendo considerata che come una facoltà, non vi era luogo alla stessa senonchè quando coloro, cui era accordata, avevano dichiarato di volerne far uso. Al contrario, nello Statuto di Orleans, quando non è stato adempiuto a ciò, ch'esso prescrive per impedire la continuazione di comunione, essa è stabilita *ipso jure* tra

il superstite e gli eredi del predefunto, fin anco allorchè non è in potere degli eredi del predefunto il desisterne, perchè sieno maggiori. È vero che lo Statuto permette a coloro, ch' erano minori all' epoca della morte del predefunto, di rinunciarvi, perchè i minori possono farsi restituire in intiero contro tutto ciò che potessero aver fatto contra i loro interessi; ma finchè non vengono restituiti in intiero, si reputa che la continuazione della comunione abbia luogo.

Per la qual cosa, quando il predefunto dei due conjugi lasciò per erede un figlio del loro matrimonio, col quale il superstite non fece alcun atto, sia per impedire sia per disciogliere la continuazione di comunione, e che detto figlio divenga molto tempo dopo erede dello stesso superstite; riputandosi che detto figlio sia costantemente vissuto in continuazione di comunione col predetto superstite dopo la morte del predefunto, tutti gli acquisti fatti posteriormente a tal epoca, si ritengono per metà puri acquisti nella persona del figlio, e proprj provenienti dal lato del superstite per l'altra metà solamente.

SEZIONE III.

Fra quali persone abbia luogo la continuazione di comunione.

613. Lo Statuto di Parigi non ammettendo la continuazione di comunione, che nel solo caso in cui il predefunto conjuge abbia lasciato per erede un figlio minore del suo matrimonio, diè luogo alla questione altre volte agitata, cioè se nel caso, che il predefunto avesse lasciati per suoi eredi più figli, uno de' quali minore e tutti gli altri maggiori, non vi fosse che il solo minore, il quale potesse pretendere la continuazione di comunione per la quota a lui competente nell' eredità del premorto; ovvero se per lo contrario i figli maggiori potessero, mediante il favore accordato al minore, chiedere tutti insieme la continuazione per la parte intiera dell' eredità del premorto. Parecchi autori, come Bacquet, Chopin, Ricard sostennero la negativa. Essi fondavansi su la ragione, che la continuazione di comunione è una pena stabilita contro il superstite a pro del figlio minore pel danno recatogli col non fare per mezzo di un inventario constare la parte a lui spettante ne' beni della comunione. Ora, dicono questi autori, siffatta pena cui soggiace il superstite, questo risarcimento, ch' egli deve al minore, non può estendersi a' figli maggiori, a' quali non può essere debitore di veruna indennizzazione per mancanza d' inventario. Non essendo stato incaricato dei loro interessi, dacchè eglino stessi potevano, come maggiori, averne cura e vegliarvi, la pena della continuazione della comunione, in cui consiste questo risarcimento dovuto al minore, deve quindi limitarsi alla porzione spettante al minore nella eredità del premorto; e non già estendersi a quelle, che competono ai maggiori, cui il superstite non deve alcun risarcimento. È vero che ciò ch' è stabilito pel minore, giova talvolta al maggiore; ma ciò deve aver luogo soltanto allorchè l' interesse del maggiore è inseparabile da quello del minore, e che non si può sovvenire allo uno senza soccorrere l' altro. Per esempio, se un minore ed un maggiore avessero accordato unitamente sopra un fondo ad entrambi comune, una servitù a fare del fondo vicino, la restituzione, che venisse accordata al minore contro una siffatta costituzione di servitù, gioverebbe al maggiore; conciossiachè le servitù essendo qualche cosa d' indivisibile, una casa non può essere liberata da una servitù senza che lo sia totalmente; vale a dire, tanto per quella parte che appartiene al maggiore, quanto per quella che spetta al minore; al contrario, nel caso ora esposto, l' interesse del figlio minore è separabilissimo da quello del maggiore; potendosi pienissimamente risarcire il minore del danno sofferto per la mancanza dell' inventario coll' accordargli la continuazione di comunione per quella porzione, che gli compete nella eredità del premorto, senza accordare un simile benefizio ai maggiori per le porzioni che ad essi competono.

Ad onta di siffatte ragioni prevalse

l'opinione contraria, nè oggidì più si dubita che, quando il predefunto de' due conjugi lasciò per eredi de' figli del loro matrimonio, l'uno de' quali sia minore e gli altri maggiori, i maggiori possono al pari del minore chiedere la continuazione di comunione per l' intiera quota del predefunto; ed è questo il senso letterale dell' articolo 240. È vero che, secondo questo articolo, perchè siavi luogo alla continuazione di comunione riguardo alla intera porzione del predefunto, bisogna che il predefunto lasci de' figli minori, almeno uno: *se uno de' conjugi*, dice l'articolo, *lascia qualche figlio minore*, e che il superstite abbia mancato di provare mediante inventario il diritto di questo figlio ne' beni della comunione. Ma dopo che l' esistenza di un figlio minore, e la mancanza d'inventario avranno data apertura alla continuazione di comunione, lo Statuto non dice già che il solo figlio minore potrà domandare detta continuazione per la sua parte: esso dice al contrario, generalmente ed indistintamente, *il figlio o i figli superstiti, possono domandare, ove lo trovino conveniente, la continuazione di comunione*. non dice già i *detti figli* minori, di cui si è parlato nella prima parte dell' articolo; ma dice indistintamente *il figlio o i figli*, ciò che comprende tutti i figli sì maggiori che minori. Vero è che la continuazione di comunione fu stabilita in favore de' soli figli minori; ma sarebbe una falsa conseguenza il concluderne che questa continuazione di comunione, a cui ha data apertura l' esistenza di un figlio minore, quando il superstite non abbia fatto inventario, non debba aver luogo, che per la sola porzione spettante a questo minore nell' eredità del premorto; e che gli altri figli maggiori non vi debbano essere ammessi. Si potrebbe provare la falsità di tale illazione con esempj tratti dal diritto romano. Quella specie di successione pretoriana, che chiamavasi *bonorum possessio contra tabulas*, era stata stabilita in favore de' soli figli emancipati preteriti nel testamento del loro padre. I figli ch' erano instituiti, per piccola che fosse la porzione per cui lo erano, per se stessi non vi venivano ammessi; ma quando un figlio preterito aveva data apertura a questa successione pretoriana, tuttochè in di lui solo favore stabilita, non per ciò egli vi era esclusivamente ammesso, *l.* 3, *ff. de bon. poss. cont. tab.* Quanto a ciò che si oppone, essere la disposizione dello Statuto di Parigi, riguardo alla continuazione della comunione, una disposizione penale, la risposta si è, che quantunque sia tale, è nondimeno favorevolissima, poichè serve ad evitare de' litigj e delle dispute imbarazzanti, che si presentano frequentemente ove trattasi di dividere una comunione di beni nello stato in cui era alla morte del predefunto, e che questo stato non può provarsi che sopra ricerche ed indagini di pubblica voce e fama.

814. Quanto abbiamo detto finora *pro* e *contra* sopra una siffatta quistione, per riguardo a' figli minori, riceve applicazione eziandio riguardo a que' figli, che il predefunto avesse da matrimonj precedenti. Perciò basta che il predefunto abbia lasciato un figlio minore, nato dal matrimonio col superstite, cui questi abbia mancato di fare inventario, perchè gli altri figli avuti da' precedenti matrimonj, che sono chiamati al pari di lui alla successione, possano egualmente pretendere la continuazione di comunione, non altrimenti che quello del matrimonio.

815. Perchè il figlio minore nato dal matrimonio col predefunto dia apertura alla continuazione di comunione a vantaggio de' maggiori e degli altri figli di un altro matrimonio, basterà ch' egli abbia esistito all' epoca della morte del predefunto, tuttochè sia morto posteriormente senza averla richiesta, ed anche sebbene egli vi abbia dopo espressamente rinunciato? Auzanet sostiene l' affermativa, e pretende che questo figlio, avendo colla sua esistenza data apertura alla continuazione a vantaggio di tutti i figli, non possa col non usarne, quanto alla di lui parte, impedire gli altri figli di prevalersi di un diritto che, sebbene da essi acquisitato per di lui mezzo, è stato loro acquisito altrettanto realmente che a lui. Si può trarre argomento da ciò ch' è deciso in diritto,

che quando un figlio preterito aveva dato apertura alla successione pretoriana, che chiamavasi *bonorum possesso contra tabulas*, a vantaggio degli altri figli instituiti, che non avessero potuto per se stessi esservi ammessi, il ripudio, che il figlio preterito faceva di tal successione, non impediva punto gl' instituiti di esservi chiamati : *Quum enim semel beneficio aliorum ad beneficium fuerint admissi, jam non curant, petant, illi necne bonorum possessionem*; *l.* 10, § 6, *ff. de bonor. poss. cont. tab.*

Al contrario, Lebrun pretende, che i figli maggiori, e quelli degli altri matrimonj, non possano essere ammessi a chiedere la continuazione di comunione, se essa non è richiesta dal figlio minore, che vi dà apertura per essi.

Allegasi per ragione, che la continuazione di comunione essendo una pena dovuta al superstite, che omise di fare inventario, non può essergli domandata che dal figlio minore, il solo che abbia diritto di lagnarsi di tale mancanza. Gli altri figli possono bensì chieder parte a questa continuazione di comunione, allorchè ella è richiesta dal minore; ma non possono da se soli pretenderla, non avendo diritto di lagnarsi della mancanza d' inventario. Quanto alle ragioni allegate a favore della prima opinione, si distruggono col negare il principio, che l' esistenza del figlio minore sia quella che coll' ommissione dell' inventario dia apertura al diritto di continuazione di comunione, a favore dei figli maggiori, e di quelli di un altro matrimonio. Si sostiene all' opposto per le ragioni da noi poc' anzi allegate, essere il solo uso che fa il minore del diritto di continuazione di comunione quello che vi dà apertura a favore degli altri figli. Denisart attesta che questa seconda opinione è praticamente seguita.

816. Egli è manifesto che le figlie dotate, le quali sono escluse dall' eredità del premorto, o in forza dello Statuto de' luoghi, o in virtù della rinunzia fattane nel contratto di matrimonio, non possono essere ammesse alla continuazione di comunione giacchè questa non ha luogo che tra il superstite e gli eredi del predefunto.

Riguardo alle figlie dotate, che non sono escluse dall' eredità del premorto, e che vi possono pervenire, conferendo la loro dote, esse hanno diritto, al pari degli altri figli, alla continuazione di comunione, qualora sieno minori, o concorrano con un minore, salva la collazione della loro dote.

817. Non vi è luogo alle quistioni che abbiamo agitate nella presente sezione, ove trattisi dello Statuto di Orleans, che fa continuare la comunione cogli eredi di qualunque specie.

SEZIONE IV.

Delle cose che cadono nella continuazione di comunione, e di cui essa è composta.

ARTICOLO PRIMO.

Delle cose che cadono nella continuazione della comunione, e delle quali essa è composta secondo i principj dello Statuto di Parigi.

818. Secondo i principj dello Statuto di Parigi, tutto il mobiliare, di cui trovavasi composta la comunione in tempo della morte del predefunto, cade tanto per una parte, che per l' altra nella continuazione della comunione, tanto per la parte, che appartiene al superstite, che per quella che appartiene alla successione del predefunto.

819. Egualmente, le rendite di tutti i beni immobili, tanto del superstite quanto di quelli della successione del premorto, che cadevano nella comunione, continuano a cadere nella continuazione della comunione per tutto il tempo ch' essa dura.

820. Egli non è lo stesso degli acquisti della comunione, in quanto alla proprietà : la giurisprudenza ha voluto, che alla morte del predefunto essi restassero nella continuazione della comunione solamente in quanto alle loro rendite, e che ne fossero esclusi in quanto alla proprietà. Questa è una modificazione, che la giurisprudenza ha portato alla continuazione della co-

munione: l' ultima decisione, che ha fissato su questo punto la giurisprudenza, è del 10 luglio 1627, ed è stata emessa in forma di regolamento. La ragione di questa giurisprudenza si è, che gli acquisti della comunione divenendo per la morte del predefunto beni proprj de' figli per la metà alla quale essi succedono, non era conveniente che il superstite avesse il potere di disporne, e di alienarli per questa metà, come egli avrebbe fatto se fossero state cose appartenenti alla continuazione della comunione.

821. Siccome in tempo soltanto della morte del predefunto il mobiliare della comunione cade nella continuazione della comunione, e gli acquisti immobili ne sono esclusi in quanto alla proprietà, a questo tempo si deve por mente per vedere, se le rendite costituite, che appartenevano alla comunione, vi sieno cadute come cosa mobiliare, o se ne sono state escluse come acquisti immobili; perciò, se in tempo della morte del predefunto i conjugi avevano il domicilio sotto uno Statuto, che riputava immobili le rendite costituite, quelle che appartenevano allora alla comunione, essendo in questo caso riputate immobili, saranno, in quanto alla proprietà, escluse dalla continuazione della comunione, come tutti gli altri acquisti immobili della comunione.

Quando anche in seguito, e durante la continuazione delle comunione, il conjuge trasferisse il suo domicilio sotto uno Statuto, che riputasse mobili le rendite costituite, tali rendite, benchè divenute mobili per questa traslazione di domicilio, non cadrebbero nella continuazione della comunione: essendone state una volta escluse, e devolute quindi a ciascuna delle parti per la porzione di beni proprj, che esse hanno nella comunione, non possono più cadervi.

Al contrario, se in tempo della morte del predefunto i detti conjugi avevano il loro domicilio sotto uno Statuto, che riputasse mobili le rendite costituite, secondo la legge del domicilio, quelle che appartenevano alla comunione essendo in questo caso riputate mobili, devono cadere in questa qualità di mobili nella continuazione di comunione, ed essendovi una volta cadute non ne devono uscire, quand' anche in seguito acquistassero la qualità d' immobili, per la traslazione di domicilio, che il superstite facesse sotto uno Statuto, il quale riputasse immobili le rendite costituite.

822. Tutti i diritti e crediti, che erano proprj di ciascun conjuge nella comunione, sieno essi del superstite sieno del premorto, come sono i loro crediti rispettivi tanto per la ricupera de' loro beni dotali, che pel reimpiego del prezzo de' loro proprj, sebbene beni mobili, non entrano nella continuazione di comunione più di quello, che entrassero nella comunione, e si esercitano sopra la continuazione di comunione, se questa non fosse continuata, come lo vedremo *infra*.

823. Anche il credito, che il superstite ha per la sua anteparte, non entra e non si confonde nella continuazione di comunione, ed il superstite può prelevarlo.

824. Noi abbiamo veduto ciò che passava dalla comunione nella continuazione di essa; vediamo ora ciò, che vi entra mentre essa dura. Noi stabiliremo a questo proposito due massime:

Prima massima. Tutte le cose, che lo Statuto fa entrare nella comunione esistente tra conjugi, allorchè esse pervengono ad uno di essi durante questa comunione, le fa egualmente entrare nella continuazione della comunione, allorchè pervengono al superstite durante la continuazione della comunione. Il fondamento di questa massima si è, che la continuazione della comunione, riguardo al superstite, è riputata essere la stessa comunione, che esisteva tra i conjugi.

825. Secondo questa massima, tutto il mobiliare, che il superstite acquista, o che gli perviene a qualunque titolo si sia, anche a titolo di successione, tanto diretta, che collaterale, durante la continuazione della comunione, vi entra; poichè se fosse pervenuto ad uno de' conjugi per qualcuno di questi titoli durante la comunione, che esisteva tra essi, lo Statuto ve lo avrebbe fatto entrare.

826. Gl' immobili che pervengono

al superstite durante la comunione, a titolo di successione o di donazione o di legato a lui fatto da qualcuno de'suoi parenti della linea diretta ascendentale, non cadono nella continuazione della comunione; poichè lo Statuto non gli avrebbe fatti entrare nella comunione, se gli fossero pervenuti per questo titolo durante la comunione stessa; ma quelli ch'egli acquista a qualunque altro titolo, anche di donazione o legato durante la continuazione della comunione, vi entrano come sarebbero entrati nella comunione, se egli li avesse acquistati mentre questa durava. Denisart attesta, che l'uso è costante su questo punto, non ostante l'avviso contrario di Duplessis.

827. Nulladimeno se la donazione o il legato, sia di mobili sia d'immobili, fosse stato sotto la condizione espressa, che la cosa donata o legata non entrerebbe nella continuazione della comunione; o, ciò che torna lo stesso, ch'ella sarebbe propria del donatario, essa non vi entrerebbe: poichè è permesso di apporre alle liberalità quelle condizioni, che sembrano più opportune, *uniquique licet quem voluerit modum liberalitati suæ apponere*.

828. Egli non è lo stesso delle clausole del contratto di matrimonio del superstite col predefunto: per esempio, se si fosse stipulato, che tutto ciò che sarebbe pervenuto durante il matrimonio ai conjugi per successione, donazione o legato, gli sarebbe proprio, questa clausola, che avrebbe escluso dalla comunione il mobiliare delle successioni pervenute ad uno dei conjugi durante il matrimonio, non escluderà dalla continuazione della comunione il mobiliare delle successioni, che pervenissero al superstite dopo lo scioglimento di questo durante la continuazione della comunione.

Similmente se si fosse stipulato, che le successioni sarebbero comuni, questa clausola, che avrebbe fatto entrare nella comunione gl'immobili delle successioni, che fossero pervenute ai conjugi durante il matrimonio, non farà entrare nella continuazione della comunione gl'immobili delle successioni pervenute al superstite durante questa continuazione della comunione.

La nostra opinione è fondata su due ragioni; la prima si è, che le convenzioni di realizzazione, come quelle di mobilizzazione, sono di stretto diritto, e per conseguenza non suscettibili di estensioni; quelle adunque, che rendono immobile o mobile ciò che perverrà ai conjugi durante il matrimonio, per successione, donazione o legato, non possono estendersi a ciò, ch'è pervenuto al superstite per qualcuno di questi titoli soltanto dopo lo scioglimento del matrimonio, e durante la continuazione della comunione.

La seconda ragione si è, che la comunione essendo formata per convenzione espressa o tacita delle parti, la loro convenzione è quella che ha da regolare ciò che deve entrare nella comunione e ciò che non deve entrarvi; ma essendo la legge e non la convenzione, che costituisce la continuazione della comunione, tocca ad essa sola adunque a regolare ciò che deve e non deve entrarvi.

Si trova, è vero, ne' libri una decisione del 3 marzo 1635 contraria alla nostra opinione, colla quale nel caso di una comunione di tutti i beni presenti e futuri in un contratto di matrimonio, si pretende essere stato giudicato che gl'immobili di una successione aperta in favore del superstite, durante la continuazione della comunione, dovessero cadervi. Ma non sembrando che questa decisione, supponendola com'è riportata, abbia fissato la giurisprudenza su un tal punto, è più che permesso l'allontanarsi da ciò che si pretende avere essa deciso.

829. *Seconda massima*. Niente di tutto ciò che acquistano i figli durante la continuazione della comunione per qualsivoglia titolo, sieno esse mobili sieno immobili, e niente pure di ciò ch' essi avevano d' altronde fuorchè dalla successione del premorto entra nella continuazione della comunione, nè in quanto alla proprietà nè in quanto al godimento.

In una parola, i figli non mettono niente nella continuazione, oltre a ciò che vi fa entrare la successione del premorto di cui il superstite si trova in possesso. La ragione si è, che lo Statuto nell' *art.* 240 dà bensì ai figli il diritto di domandare al superstite la continuazione della comunio-

ne nei mobili e coacquisti, che questi si troverà avere, dicendo: *I figli potranno, se loro sembrerà opportuno, domandare la comunione in tutti i beni mobili, ed acquisti immobili del superstite*; ma non dice, che il superstite potrà domandare la comunione in ciò che avranno i figli.

E perciò se durante la continuazione della comunione si è aperta in favore de' figli qualche successione di qualcuno de' loro parenti; se loro è stata fatta qualche donazione o legato; se hanno guadagnato qualche cosa colla loro industria, niente di tutto ciò cade nella continuazione della comunione; e se il superstite fosse loro tutore, deve renderne loro conto tanto del capitale quanto degl'interessi, senza nulla scontare degl'interessi dei loro alimenti, i quali sono loro d'altronde dovuti dalla continuazione della comunione.

ARTICOLO II.

In cosa differisca lo Statuto di Orleans da quello di Parigi intorno alle cose, che entrano nella continuazione della comunione.

830. Lo Statuto di Orleans conviene con quello di Parigi riguardo a ciò che fa passare dalla comunione nella continuazione di essa; e ne differisce soltanto riguardo a ciò, che il superstite acquista durante la continuazione della comunione; egli vi fa entrare soltanto ciò che questi acquista dal fondo comune, o colla sua industria, la quale pure si reputa in qualche modo far parte del fondo comune: il superstite avendo conferito la sua industria nella comunione, che esisteva tra lui ed il premorto si reputa che seguiti a conferirla nella continuazione della comunione.

Secondo questi principj, il superstite acquista a vantaggio della continuazione della comunione i guadagni che provengono dal suo commercio, dalla sua arte o dalla sua professione, ma ciò che perviene al superstite per successione, donazione o legato, non vi entra. Ciò risulta dall'*artic.* 217 dello Statuto di Orleans, il quale è concepito in questi termini: Se *durante la comunione de'beni tra più persone, a qualcuna di queste ne pervenissero per successione, donazione, o legato, tali fondi e beni non sono compresi nella detta comunione, eccettua'o il caso in cui vi sia un'espressa convenzione in contrario.*

Queste parole, *durante la comunione de' beni*, non comprendono a dir vero la comunione de' beni, che esiste tra marito e moglie; questa è una specie particolare di comunione, differente dalle altre comunioni e società universali, la quale si regola con differenti principj a lei particolari, e per cui lo Statuto ne ha in conseguenza trattato sotto un titolo particolare; ma queste parole comprendono tutte le altre comunioni o società universali, non solamente quelle, che si contraggono tra persone estranee con un contratto in iscritto, ma anche quella, che si contrae senza scritto, in virtù dell' *art.* 216, tra il superstite e gli eredi del premorto, la quale si chiama continuazione di comunione.

La seconda parte dell'*art.* 217, che incomincia con queste parole, *Nulladimeno se al superstite dei due conjugi*, e che noi riporteremo qui appresso, ci fornisce una prova manifesta, che la prima parte dell'*art.* 217 comprende nella regola da lui proposta la comunione dei beni tra il superstite dei due conjugi e gli eredi del premorto; poichè lo Statuto dopo avere stabilito per regola, colla prima parte dell'articolo, che tutto ciò che perviene durante la comunione per successione, donazione o legato ad uno de'socj, non entra in comunione, eccettua immediatamente da questa regola, colla seconda parte, una certa specie di successione, che perviene al conjuge superstite durante la continuazione della comunione in cui è coi suoi figli, la qual successione in un certo caso rimane nella continuazione della comunione: lo Statuto con questa eccezione, che fa alla regola stabilita nella prima parte dell'articolo, mostra evidentemente, che la specie di comunione, che è tra il superstite e gli eredi del premorto, è compresa in questa regola, e che fuori del caso dell'eccezione posta nella seconda parte dell'articolo, tutto ciò, che per-

viene al superstite per successione, donazione o legato non cade nella continuazione della comunione, secondo questa massima di diritto, *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.*

831. L'*art.* 217, che noi abbiamo riportato qui sopra, dice: *Se durante la comunione tra più persone ad alcuna delle quali pervenissero alcuni* BENI *e fondi.* Questa parola BENI è una parola generale, che comprende tanto i mobili quanto gl' immobili; per cui non solamente i fondi, ma anche il mobiliare, che pervenisse al superstite per successione, donazione o legato, durante la continuazione della comunione, ne è escluso; ed in tempo dello scioglimento della comunione il superstite deve poter riprendere questo mobiliare; purchè egli lo giustifichi con un inventario, o con qualche altro atto che possa farne le veci, come sarebbe una divisione da lui fatta di una successione mobiliare co' suoi eredi.

832. Niente di tutto ciò, ch' è pervenuto al superstite per questi titoli, entra nella continuazione della comunione, neppure l'usufrutto; perciò, in tempo dello scioglimento, il superstite potrà ritenere i frutti de' fondi, che gli fossero pervenuti per qualcuno di questi titoli, se i detti frutti sono ancora esistenti, benchè fossero stati percepiti durante la continuazione della comunione: egualmente egli potrà ritenere il prezzo, che ne fosse ancora dovuto, se gli ha venduti; ma allorchè essi non esistono più in natura, nè esiste più il loro prezzo, il superstite non può pretendere alcuna ricupera, a meno che non giustificasse di averne con essi arricchita la società, altrimenti si presume ch' egli abbia vissuto più lautamente, e che la società non ne sia stata arricchita.

833. La regola, che tutto ciò, che perviene al superstite a titolo di successione, durante la comunione, non vi entra, è soggetta ad eccezione in un caso, a tenore della seconda parte dell' *art.* 217, di cui ecco le parole: « Nulladimeno, se al superstite dei due conjugi, che non avrà fatta divisione co' suoi figli ed eredi del defunto, o inventario de' beni comuni debitamente fatto, o un contratto equivalente alla divisione, pervenissero o toccassero de' beni immobili per la successione e morte dei detti figli, e che dentro l'anno, nel quale questa successione è avvenuta, egli non facesse la suddetta divisione o inventario, o che altrimenti tra loro non fosse stato disposto; in questo caso i detti beni mobili pervenuti al superstite per la morte del suddetto figlio, saranno e rimarranno nella detta comunione insieme alle rendite dei detti fondi, sino a tanto, che la detta divisione o inventario sieno fatti ». Secondo questo articolo il superstite, che è in continuazione di comunione co' suoi figli, e al quale, durante la detta società, perviene la successione di uno dei detti figli, per conservarsela per intiero, deve sciogliere, tra l'anno della morte di questo, la continuazione della comunione nella quale egli è cogli altri suoi figli; lo che facendo succede a questo figlio in tutti que'beni a'quali la qualità di suo erede ne'mobili ed acquisti gli dà il diritto di succedere, e per conseguenza nella parte, che questo figlio aveva ne' beni, tanto mobili che immobili, della continuazione di comunione, senza che il superstite faccia entrar in essa nulla di questa successione pervenutagli durante la continuazione di comunione, conformemente alle regole stabilite in principio.

Ma allorchè il superstite ha trascurato di adempire a ciò, che prescrive lo Statuto, se non ha fatto sciogliere, tra l' anno dalla morte di questo figlio, la continuazione della comunione nella quale si trova cogli altri suoi figli, egli è privato della di lui successione, in quanto alla parte, che questo figlio aveva nel mobiliare della continuazione della comunione; la quale parte in questo caso rimane in tale continuazione, e si accresce agli altri figli: ciò risulta da queste parole dello *art.*217: *in questo caso i detti beni mobili pervenuti al detto superstite per la morte del suddetto figlio, saranno e rimarranno nella detta comunione.*

834. Osservate, che queste parole, *saranno e rimarranno nella detta comunione*, non possono applicarsi, che alla parte, che questo figlio aveva nei beni mobili della continuazione della comunione; se questo figlio ha lasciato nella sua successione altri beni ch' egli

avesse d'altronde, non vi ha difficoltà, che il superstite vi succeda, senza far entrar nulla nella continuazione della comunione.

835. Riguardo alla parte, che il figlio, la di cui successione è pervenuta al superstite durante la continuazione della comunione, aveva negli acquisti di questa, il superstite, per non aver fatto sciogliere la continuazione della comunione entro l' anno dalla morte di questo figlio, è privato della successione di questa parte ne'detti acquisti, pe'soli frutti, i quali continuano a cadere nella continuazione della comunione, sino a che il superstite la lascia sussistere; ma egli non ne è privato in quanto alla proprietà. Tale è il senso di queste parole: *insieme alla rendita dei detti fondi, sino a tanto, che la detta divisione, o inventario saranno fatti*. Lo Statuto non dice come ha detto dei mobili, che i fondi rimarranno nella continuazione della comunione; ma dice solamente, che *la rendita dei detti fondi vi rimarrà sino a che la detta divisione o inventario saranno fatti* Osservate, che le ultime parole si riportano soltanto a queste, *la rendita dei detti fondi*. perchè i mobili rimangono irrevocabilmente confusi nella continuazione della comunione.

836. Osservate egualmente, che lo Statuto intende per *i detti fondi*, tanto gli acquisti della continuazione della comunione, di cui il superstite è erede in proprietà del figlio defunto, per la parte ch'egli vi aveva, quanto gli acquisti della prima comunione, divenuti proprj dal lato del premorto nella persona de' figli, di cui il superstite è erede in usufrutto, secondo l'*artic.* 315 dello Statuto di Orleans, per la parte, che detto figlio vi aveva. Il superstite, non avendo fatta disciogliere la continuazione della comunione, è privato con quest'*art.* 217 della rendita della successione dei detti fondi, sino a che dura la continuazione della comunione.

SEZIONE V.

Dei pesi della continuazione della comunione.

837. *Prima specie.* Tutti i debiti mobiliari, a' quali la comunione era tenuta in tempo della morte del predefunto, divengono debiti della continuazione della comunione; questa è una conseguenza di ciò, ch' è stato detto nella sezione precedente, cioè che tutti i beni mobili della comunione entrano nella continuazione della comunione; poichè questi non possono passarvi se non col peso dei debiti mobili, che è inseparabile da loro.

838. Ciò comprende non solo i debiti, di cui la comunione era debitrice verso de'terzi, ma egualmente quelli di cui era debitrice verso ciascuna delle parti, per cui tutti i crediti e le azioni, che il superstite o gli eredi del premorto avevano diritto di esercitare sulla comunione, diventano egualmente debiti della continuazione della comunione nella divisione, che viene fatta dopo il di lei scioglimento.

839. È inutile il mettere in quistione, se gl' immobili della comunione non entrando, in quanto alla proprietà, nella continuazione della comunione, le rendite da essi dovute non vi debbano entrare egualmente, in quanto al capitale; poichè il superstite e gli eredi del premorto avendo ciascuno una metà tanto nella continuazione della comunione, quanto nella comunione, è indifferente che sieno tenuti a' detti capitali come ad un debito della continuazione della comunione, o semplicemente come ad un debito della comunione.

840. I debiti proprj di ciascuno dei conjugi non essendo, in quanto al capitale, debiti della comunione, essi egualmente non sono debiti della continuazione della comunione; ma questa è tenuta a' frutti maturati, ed agl' interessi dei debiti suddetti, tanto di quelli ch'erano scaduti in tempo della morte del predefunto, e che erano perciò divenuti un debito mobiliare della comunione, quanto di tutti quelli, che decorrono durante tutto il tempo in cui seguita la continuazione della comunione; poichè i frutti de'beni, tanto del superstite quanto della successione del premorto, cadendo nella continuazione della comunione, è necessario, che i frutti scaduti e gl' interessi dei loro debiti, che sono un peso dei detti frutti, vi cadano egualmente durante tutto il tempo, che essa continua.

841. Le spese funebri del premorto fra le quali si comprende il lutto ch'è dovuto alla vedova, ed anche i legati fatti nel testamento del premorto, non essendo debiti di comunione, come l'abbiam veduto *supra*, *n.* 275 e 276, non lo sono neppure della continuazione della comunione; e perciò le somme pagate per soddisfarli sono messe a conto degli eredi del premorto nella divisione della continuazione della comunione, come lo vedremo *infra*.

Lebrun, *ibid.*, *sect.* 4, *dist.* 1, *n.* 17, è di contrario parere; egli pretende, che i legati testamentarj del premorto, essendo un peso di tutti i beni della sua successione, tanto cioè de' suoi proprj, che non entrano nella continuazione della comunione, quanto del suo mobiliare, che vi entra, la continuazione della comunione debba essere incaricata d' una parte de' suddetti legati, *prorata* di ciò cui è tenuto il mobiliare, il quale non ha potuto entrare nella continuazione della comunione, se non che con un tale peso. Questa opinione di Lebrun ci getterebbe nella discussione, che lo Statuto ha voluto evitare, stabilendo la continuazione della comunione, cioè la discussione della quantità del mobiliare, che esisteva nella successione del premorto in tempo in cui egli mancò di vita. Indipendentemente da questo inconveniente, il ragionamento, sul quale Lebrun fonda la sua opinione, è falso: dall' esser tenuta de' legati del premorto la parte, che questi aveva ne' beni della comunione, la quale è entrata o piuttosto rimasta nella continuazione della comunione, ne segue soltanto, che questi legati sono un peso della parte de' figli nella continuazione della comunione; ma non ne segue, che sieno un peso comune della continuazione della comunione: questa continuazione essendo la stessa comunione, che si suppone continuare, essa non ha altri debiti, senonchè quelli che erano debiti della comunione, e quelli, che il superstite ha contratti dopo, come capo di questa società; quelli che sono debiti particolari di ciascuna delle parti, non sono debiti della continuazione della comunione, ma solamente debiti di quella porzione, che vi ha la parte debitrice.

842. Se il premorto avesse fatto dei legati di rendite o pensioni annuali, tali annualità essendo un peso de' frutti de' beni della sua successione, i quali frutti entrano nella continuazione della comunione sino a tanto, ch' essa dura, la detta continuazione della comunione sarà tenuta a dette annualità, che scorreranno sino a tanto che essa durerà.

Egli è lo stesso delle annualità del vedovile dovuto alla vedova dalla successione del premorto; la vedova che gode, continuando la comunione, di tutti i frutti de' beni della successione del premorto, deve confondere tutti gl' interessi ed annualità del suo vedovile, che decorrono durante tutto il tempo, che sussiste la continuazione di comunione.

843. *Seconda specie.* La continuazione della comunione è tenuta a tutti i debiti contratti dal superstite nel tempo, che dura la continuazione della comunione: ella è tenuta tanto a' debiti mobiliari quanto alle rendite, che il superstite avesse costituite durante questo tempo, sia pe' capitali sia per le annualità.

844. Conviene però eccettuare 1. quelli che il superstite avesse contratti per affari suoi particolari, e di cui egli solo profitta; per esempio, se per una divisione d' immobili, che il superstite ha fatta co' suoi coeredi durante il tempo della continuazione della comunione, egli si è obbligato verso i suoi coeredi ad un conguaglio sia in rendita sia in denaro, questo debito non è della continuazione della comunione, se non se per le annualità e per gl' interessi, che ne decorrono nel tempo, ch' essa deve durare; poichè egli lo ha contratto per un affare, che gli è particolare, e di cui egli solo profitta.

Per la stessa ragione, se il superstite durante la continuazione della comunione si fosse obbligato verso un architetto a pagargli una certa somma di denaro per la costruzione di una casa, che egli ha fabbricata sul suo fondo proprio, il [illegible]stite profittando solo di questa [illegible]uzione deve esser solo tenuto al [illegible]atto; benchè l' abbia contratto du-

rante la continuazione della comunione, questa non ne deve esser tenuta.

845. Conviene eccettuare: 2. i debiti che hanno per causa una pura donazione; poichè il potere che ha il superstite su' beni della continuazione della comunione, non estendendosi sino a poterne disporre per donazione, come lo vedremo nella sezione seguente, quindi non può caricarla di debiti, che abbiano per causa una pura donazione; e perciò se, durante il tempo della continuazione della comunione, il superstite ha promesso a contemplazione di un matrimonio una somma ad un terzo, per l' amicizia che a lui porta, la continuazione della comunione non sarà tenuta per questo debito; il superstite solo sarà obbligato di soddisfarlo colla sua parte.

846. Avendo deciso, *supra*, n. 255, che l' obbligazione di garentia, che il marito contrae vendendo durante la comunione il fondo proprio di sua moglie senza il consenso di lei, non è un debito della comunione, noi dobbiamo per la stessa ragione decidere, che quando il superstite ha venduto, durante la continuazione della comunione co' suoi figli, il fondo proprio di essi, l' obbligazione di garantia, che egli contrae verso il compratore, benchè contratta durante la continuazione della comunione, non è un debito di questa continuazione la quale deve soltanto esser tenuta alla restituzione del prezzo, che vi è entrato. Perciò i figli potranno, vivendo il superstite, rivendicare i loro beni proprj ch' egli ha venduti, offerendo di rendere per parte loro il prezzo, senza temere che il compratore opponga loro l' eccezione di garantia.

847. Fuori di questi tre casi di eccezione, la continuazione della comunione è tenuta a tutti i debiti, che il superstite ha contratti in tutto quel tempo ch' essa ha durato.

Sembra però esservi a questo proposito qualche differenza tra lo Statuto di Parigi e quello di Orleans. Nello Statuto di Parigi i figli avendo diritto di domandare al superstite una parte in tutti i beni mobili e conquisti immobili del superstite, fatti dopo la morte del predefunto, qualunque sia stata la causa che glieli abbia fatti acquistare, essi devono egualmente sopportare la parte di tutti i debiti, ch' egli ha contratti durante la continuazione della comunione, senza che si debba ricercare la causa per la quale egli gli ha contratti, fuori dei casi di eccezione indicati qui sopra.

Al contrario, lo Statuto di Orleans facendo entrare nella continuazione della comunione solamente ciò, che il superstite acquista del fondo comune, essa non doveva caricarla de' debiti contratti dal superstite, se non quando sia possibile che questi sieno stati contratti per ragione del fondo comune.

Egli è vero che il superstite avendo un' amministrazione de' beni della continuazione della comunione, di cui non è obbligato a tener conto, non è necessario, perchè i debiti che ha contratti nel tempo che questa durava ne sieno un peso, ch' egli giustifichi che sono stati contratti per gli affari della continuazione della comunione. Perciò non v' ha dubbio che la continuazione della comunione sia tenuta a' differenti prestiti di denaro che il superstite avesse fatti mentre ch' essa durava, benchè non apparisca ch' egli ne abbia fatto alcun impiego, non essendo impossibile che sieno stati effettivamente incontrati per gli affari della continnazione della comunione. Ma allorchè i debiti contratti dal superstite, durante la continuazione della comunione, hanno una causa che a lei è intieramente estranea, essa non deve esserne tenuta secondo lo spirito dello Statuto di Orleans.

Per esempio, se durante la continuazione della comunione il superstite abbia avuto una rissa con un particolare, al quale è stato condannato pagare qualche somma per riparazione civile, la continuazione della comunione non deve, secondo lo spirito dello Statuto, esser tenuta del pagamento di questo debito, la causa del quale le è intieramente straniera. Per la stesse ragione, se il superstite, durante la continuazione della comunione, ha amministrata la tutela di un minore, essa sarà ben tenuta a tener conto delle somme ch' egli ha ricevuto pel minore, perchè queste vi sono entrate, ma non sarà tenuta a' danni ed interess

che il superstite dovesse al minore per la sua mala amministrazione, giacchè la causa di questo debito è interamente estranea alla continuazione della comunione.

848. Riguardo a' debiti che gli eredi del premorto contraggono durante la continuazione della comunione, è evidente che questa non v' è tenuta, poichè gli eredi non acquistando niente per la continuazione della comunione di ciò ch' essi acquistano mentre essa dura, non devono caricarla dei debiti da loro contratti.

849. *Terza specie*. Nello Statuto di Parigi i debiti delle successioni, che pervengono al superstite durante la continuazione della comunione, sono debiti della detta continuazione in proporzione del mobiliare delle dette successioni, che vi entra, nello stesso modo che i debiti delle successioni, che pervengono durante il matrimonio all' uno dei conjugi, sono debiti della comunione, in proporzione di ciò che vi entra per le dette successioni. Vedete *supra*, n. 261.

Nello Statuto di Orleans, che non fa entrar nella continuazione della comunione nulla delle successioni che pervengono al superstite, egli è evidente che i debiti delle dette successioni non vi entrano.

850. *Quarta specie*. La continuazione della comunione è tenuta tanto agli alimenti del superstite, quanto a quelli degli eredi del premorto sinchè essa dura.

Osservate però riguardo a quelli degli eredi del premorto, che questi eredi devono venire a cercarli nella casa del superstite, ov' è la sede della continuazione della comunione. Essi debbono anche esser loro forniti a spese della continuazione della comunione, nel luogo ove il superstite giudica a proposito d' inviarli per la loro educazione, ma se questi eredi hanno vissuto altrove colla loro industria durante un certo tempo, essi non sono ammessi a pretender cosa alcuna della continuazione della comunione, per gli alimenti che non ha loro forniti durante questo tempo.

851. *Quinta specie*. La continuazione della comunione è tenuta alle riparazioni e spese di manutenzione dei fondi di cui ha il godimento, come ne è tenuta la comunione riguardo ai fondi di cui essa ha l' usufrutto ; ma non è tenuta delle grandi riparazioni e ricostruzioni, come non ne è tenuta la comunione. Ved. *supra*, n. 271 e 272.

852. *Sesta specie*. Le spese dell' inventario che si fa per lo scioglimento della continuazione della comunione le spese di liquidazione e di divisione de' beni, e di tutti gli altri atti necessarj per pervenirvi, sono parimenti a carico della continuazione della comunione.

SEZIONE VI.

Del potere del superstite su i beni della continuazione della comunione

853. Siccome la comunione tra due conjugi ha un capo, che è il marito, la continuazione della comunione ha un capo, il quale solo ha il diritto di disporre de' di lei beni sino a che essa dura, e questo capo è il superstite, o che sia il marito o che sia la moglie.

Il potere che questo capo ha su' beni della continuazione della comunione è, secondo Renusson, perfettamente lo stesso di quello del marito su' beni della comunione ; ma secondo il sentimento comune, egli è differente. Il marito ha su i beni della comunione il potere di un padrone assoluto ; egli può disporre come di cose a lui in tutto appartenenti, anche per donazione a favore de' terzi, salvo ch' egli non può rivolgerli a suo profitto, nè a profitto de' suoi, in pregiudizio di sua moglie, come l' abbiam veduto *supra*, part. II. Al contrario, il potere che ha il superstite, sia egli il marito o la moglie, su i beni della continuazione della comunione, non è il potere di un padrone assoluto ; e perciò egli non ha il diritto di disporne a titolo di donazione pura e semplice verso de' terzi, in pregiudizio della parte, che vi hanno gli eredi del premorto; egli ha soltanto su i detti beni il potere di un amministratore *cum libera*, vale a dire quello che dà un dritto di amministrazione senza doverne render conto alcuno : egli può

in conseguenza disporre tanto per la sua parte come per quella degli eredi del premorto a qualunque titolo gli sembri opportuno, salvo il titolo di donazione, che è a lui proibito.

In conseguenza di questo potere, che ha il superstite su i beni della continuazione della comunione, essa è tenuta a tutti i debiti da lui contratti, come l' abbiam veduto *supra*.

È pure in conseguenza di questo potere, ch' egli puo associare un terzo alla continuazione della comunione, il quale diverrà associato, tanto suo quanto degli eredi del premorto, senza ch' egli abbia bisogno del loro consenso, come lo vedremo nel capitolo secondo.

SEZIONE VII.

Dei modi coi quali si cioglie la continuazione della comunione.

ARTICOLO PRIMO.

De' modi coi quali si scioglie la continuazione della comunione secondo i principj dello Statuto di Parigi.

854. Per isciogliere la continuazione della comunione vivendo le parti, allorchè i figli co' quali essa continua sono ancora minori, o anche allorquando uno di essi lo è, il superstite deve fare un inventario esatto con un legittimo contraddittore.

855. Questo scioglimento di comunione può essere domandato tanto dall' una quanto dall' altra parte; il superstite può domandarla, o che i figli sieno maggiori o che sieno ancora minori, facendo loro nominare per ciò un surrogato tutore col quale egli farà l' inventario, che scioglie la comunione.

Allorchè i figli sono divenuti maggiori, e ch' essi non si prestino allo scioglimento della comunione, il superstite può citarli ed ottenere una sentenza, che indicherà un certo giorno nella casa del superstite, acciocchè si proceda, nel giorno stesso e nei susseguenti, all' inventario, che scioglie la continuazione della comunione, tanto in loro presenza, che in loro assenza.

I figli possono parimenti domandare al superstite lo scioglimento della comunione, e perciò citarlo acciocchè faccia l' inventario; tale citazione deve esser fatta dal tutore, o dal surrogato tutore de' figli, se essi sono ancora minori, o da' figli stessi, se sono divenuti maggiori.

856. Quest' inventario, che è necessario per isciogliere la continuazione della comunione allorchè essa è cominciata, deve essere legale e rivestito delle medesime formalità, che sono necessarie per impedire la continuazione della comunione; egli deve egualmente esser chiuso e confermato in giustizia fra tre mesi dal giorno in cui è stato compito. Vedete *supra, sez.* 2, *art.* 1, § 3.

Allorchè è stato chiuso, fra i tre mesi, si è giudicato ch' egli aveva un effetto retroattivo al tempo del compimento dell' inventario, e che la comunione si reputava cessata non solamente dal giorno in cui si è chiuso, ma dal giorno in cui l' inventario è stato finito. Tale decisione è dell' anno 1689, ed è riportata da Lemaître.

Perchè l' inventario chiuso dopo spirati i tre mesi possa sciogliere la continuazione della comunione, fa d'uopo che il superstite faccia procedere, col surrogato tutore, a una ricognizione dell' inventario, la quale faccia constare tanto le cose acquistate dopo l' inventario come quelle comprese nello inventario che non si trovano più; la quale ricognizione, al pari dell' inventario, deve essere presentata al giudice, e confermata dal superstite.

L'autore del *Trattato dei Contratti di Matrimonio* riporta una decisione del 12 maggio 1749, emessa dietro le conclusioni del sig. Joli de Fleuri, la quale ha giudicato, che un inventario chiuso dopo i tre mesi non aveva disciolta la continuazione della comunione per mancanza della ricognizione.

857. Allorchè quest' inventario è difettoso in qualche parte, i figli possono pretendere, che senza aver riguardo a quest' inventario, che sarà dichiarato nullo, si dichiari aver sempre continuata la comunione.

Non vi sono che i figli, i quali sieno ammissibili a opporre i difetti di quest' inventario; per quanto difetto-

so egli sia, i figli posssono esserne contenti, e fissare al tempo di quest' inventario l' epoca dello scioglimento della continuazione della comunione, salvo ad essi il dimandare, che il superstite vi aggiunga le cose, che giustificheranno essere state omesse.

Allorchè i figli che erano minori in tempo della morte del predefunto, e co' quali la comunione è continuata per mancanza d' inventario, sono dipoi divenuti tutti maggiori, Duplessis, *Trattato della Comunione, lib.* 3, *cap.* 5, pensa che il solo consenso del superstite e de' figli, in qualunque maniera sia espresso, purchè sia per iscritto, basti per isciogliere la continuazione della comunione.

Questa opinione mi sembra ragionevole.

858. Allorchè la continuazione della comunione non fu disciolta in vita dalle parti, essa si sciolse per la morte del superstite, secondo il principio di diritto, *morte socii solvitur societas*; *l.* 65, § 9, ff. *pro soc.*

859. Allorchè la comunione è continuata tra il superstite e più figli del premorto, la morte d' uno di questi figli non iscioglie la comunione, finchè ne resta qualcuno; ma la parte, che questo figlio aveva nella continuazione della comunione, si accresce agli altri figli. Ciò è deciso dall' *art.* 243 dello Statuto di Parigi, il quale sarà riportato nella sezione seguente.

Questa decisione non è contraria al principio di diritto, che la morte di uno solo de' socj opera lo scioglimento della società riguardo a tutti gli altri, *morte socii solvitur societas. . . et si plures supersunt*; *d.* § 9; poichè questo principio è applicabile soltanto quando il socio ch' è morto faceva esso solo un capo nella società; ma in quella, che esiste tra il superstite e i suoi figli, ciascuno dei detti figli non fa un capo nella società, ma essi fanno tutti insieme un capo solo. Perciò allorchè resta un solo dei figli, che componevano questo capo, questo capo sussiste in quello che resta, e non vi ha luogo all' applicazione del principio, *morte socii solvitur societas.*

. Allorchè uno de' figli morto durante la continuazione della . comunione abbia lasciato de' figli che sono i suoi eredi, questi lo rappresentano per la sua parte nella continuazione della comunione, e non v' ha luogo all' accrescimento di questa parte

860. Allorchè i figli, co' quali la comunione è continuata, sono tutti morti senza discendenti, lasciando il superstite per loro erede ne' mobili ed acquisti, il capo ch' essi componevano nella società essendo estinto, non v' ha dubbio, che non può esservi continuazione della comunione; questi figli essendo morti senza aver domandato la continuazione della comunione, si deve dire piuttosto, in questo caso, che non v' ha luogo alla continuazione della comunione, che dirla disciolta, secondo i principj che noi abbiamo stabiliti *supra*, n. 805.

E perciò in questo caso si suppone avere il superstite fatti per lui solo tutti gli acquisti, ch' egli ha fatti dopo la morte del predefunto e di non essere succeduto in alcuna parte a' suoi figli, verso i quali il superstite era solamente debitore di dar conto del mobiliare della successione del premorto, del qual debito egli ne ha fatto confusione nella sua qualità di loro erede nel mobiliare.

861. Allorchè il premorto dei due conjugi abbia lasciato de' figli di questo matrimonio, alcuni de' quali sieno maggiori ed altri minori, e tutti quelli ch' erano minori sieno morti senza avere domandata la continuazione della comunione, continua la comunione coi maggiori che restano? Questa questione dipende da quella, che si è agitata più sopra; vale a dire se basti, perchè vi sia continuazione di comunione coi maggiori, che il premorto abbia lasciato per suo erede un minore in tempo della sua morte, o se sia necessario, che il minore abbia domandata la continuazione della comunione; ivi rimandiamo il lettore.

862. Si è altre volte agitata la quistione, se quando un figlio, che era in continuazione di comunione con un superstite, venga dopo maritato o dotato col fondo della continuazione di comunione, il suo matrimonio operi lo scioglimento della comunione sopra tutto quand' egli stabilisca un domicilio separato da quello del super-

stite. Si è altre volte pensato, che il figlio contraendo una novella comunione con la persona ch' egli sposava, e uscendo dalla casa del superstite, si riputava rinunziare per l' avvenire a quella comunione nella quale egli era col superstite, e ritirare provvisionalmente, colla dote, che gli era stata fornita, la parte ch' egli aveva in questa comunione, salvo a tenere conto nella divisione, se a lui spettasse qualche cosa di più.

Questa opinione non è stata seguita: da lungo tempo non v' ha più dubbio, che un figlio, benchè maritato e dotato durante la continuazione della comunione, e benchè uscito dalla casa del superstite, seguita ad essere in continuazione di comunione, e ad avervi la sua parte, salvo il computare, in tempo della divisione, che ne sarà fatta dopo lo scioglimento, la dote ch' egli ha ricevuta, la quale sino a questo tempo è come una provvisione, che gli è data affinchè le rendite, ch' egli ne percepisce, gli tengano luogo di quegli alimenti che la continuazione della comunione dovrebbe fornirgli.

Questo ha luogo benchè il figlio fosse stato maggiore quando fu maritato, e benchè egli fosse il solo col quale la comunione continuasse.

ARTICOLO II.

De' modi co' quali si scioglie la continuazione della comunione secondo i principj della Statuto di Orleans.

863. Per isciogliere la continuazione della comunione, viventi le parti, lo Statuto di Orleans non esige altra cosa, se non ciò che abbiamo veduto, *supra*, ch' esso esigeva per impedire che abbia luogo prima, che sia cominciata; egli vuole e nell' uno e nello altro caso, che le parti abbiano fatto su di ciò conoscere la loro volontà ed il loro consenso; tale è il senso di queste parole dell' *art.* 216 riportate qui sopra, *o che altrimenti non abbiano tra essi disposto*.

Nulladimeno, allorchè vi sono dei minori, la giurisprudenza ha stabilito che per isciogliere la continuazione della comunione dopo ch' essa è incominciata, come per impedire, ch' essa abbia luogo prima che sia cominciata, il superstite deve fare un inventario con un legittimo contraddittore.

864. La continuazione della comunione si scioglie colla morte del superstite; ma secondo i principj dello Statuto di Orleans, la morte di tutte le persone, che sono state eredi del predefunto, e con le quali la comunione ha continuato, non termina la continuazione della comunione, a meno che il superstite non fosse loro erede, ma questa comunione continua co' loro eredi, ed anche con la loro successione vacante. La ragione è, che lo Statuto di Orleans, il quale fa continuare la comunione cogli eredi del premorto, di qualunque specie essi sieno, maggiori o minori, figli o collaterali, considera nelle persone, per far continuare con esse la comunione, la sola qualità ch' essi hanno di eredi del premorto: e per conseguenza, seguendo lo spirito di questo Statuto, la comunione deve continuare con quegli eredi, ai quali gli eredi suddetti trasmettono la qualità, ch' essi avevano d' eredi del predefunto, che è la sola qualità per la quale la comunione continua con essi. In una parola, secondo lo spirito dello Statuto, la comunione seguita piuttosto colla successione del premorto, che con le persone, e questa successione continua negli eredi degli eredi, ed anche nelle loro successioni giacenti.

SEZIONE VIII.

Dell' accrescimento della porzione dei figli maritati durante la continuazione della comunione.

ARTICOLO PRIMO

Di questo accrescimento secondo i principj dello Statuto di Parigi.

865. L' *art.* 243 dello Statuto di Parigi dice: « Se alcuno de' figli, che hanno continuata la comunione, muore, o tutti, eccetto uno, i superstiti o il superstite dei detti figli continuano la detta comunione, e ricevono tanto quanto se tutti i detti figli fossero viventi ».

Non si vede troppo chiaramente su di che sia fondato questo accrescimento; i comentatori applicano mal a proposito a questo articolo il principio del diritto romano, che avvi luogo al diritto di accrescimento, *inter conjunctos re et verbis*. Si chiamano congiunti quelli a'quali una cosa è stata legata pel totale a ciascuno di essi, in modo che non debba esser divisa tra loro pel loro concorso all'accettazione del legato; fra tali congiunti, secondo i principj del dritto romano, avvi luogo al diritto di accrescimento, allorchè uno di essi sia morto prima che il legato gli pervenga o l'abbia ripudiato; in questo caso la cosa legata rimane per intiero *jure accrescendi*, o piuttosto *jure non decrescendi*, al legatario che ha accettato il legato, e che era legatario del totale; ma quando tutti i legatarj sono concorsi al legato, non può più avere luogo il dritto di accrescimento: non ha luogo neppure il diritto di accrescimento tra quelli a ciascuno dei quali si è assegnata una parte nella cosa, col legato che loro ne è stato fatto; poichè ciascuno non essendo legatario, che della sua parte, essi non sono *conjuncti re*, ma bensì *conjuncti verbis tantum, inter quos non est locus juris accrescendi*.

Nel caso di quest' articolo, allorchè più figli minori sono venuti alla successione del premorto, ciascuno di essi acquista nella metà de'beni della continuazione della comunione, la stessa parte ch'egli ha ne'beni della successione del premorto; essi non sono adunque tra loro congiunti in questa metà di beni della continuazione della comunione, poichè ciascuno vi ha la sua parte, e per conseguenza il diritto di accrescimento, che ha luogo *inter conjunctos re et verbis*, non può ricevere nel caso di questo articolo alcuna applicazione, poichè si fa accrescimento soltanto della parte, che uno de'congiunti ha mancato di acquistare. Non v'ha luogo all'accrescimento allorchè la cosa è stata una volta acquistata. Ciò è stato benissimo osservato da Laurière su tale articolo, per cui ha benissimo conchiuso, che le parti che avevano ne'beni della continuazione della comunione, i figli che muojono durante la detta continuazione, essendo parti ch'essi avevano acquistate, il principio del diritto di accrescimento *inter conjunctos re et verbis*, non può essere applicato.

Bisogna adunque cercare un' altra ragione dell'accrescimento della porzione de'figli che muojono durante la continuazione della comunione; accrescimento che lo Statuto accorda in quest'articolo agli altri figli. Io non vedo altro se non che lo Statuto con quest'articolo ha voluto stabilire una nuova pena contro il superstite, che non discioglie la comunione, privandolo della successione delle porzioni, che avevano ne'beni della continuazione della comunione i suoi figli morti nel tempo che questa durava, non ostante la sua qualità di erede dei mobili ed acquisti de'suddetti figli, e trasferendo queste successioni agli altri figli superstiti sino all'ultimo, perchè succedano in suo luogo.

866. Osservate che lo Statuto priva con questo articolo il superstite della successione de'suoi figli morti durante la continuazione della comunione, soltanto per rapporto a questa specie di beni. Se questi figli avessero acquistato colla loro industria de'beni mobili o immobili, questi beni, non essendo della continuazione della comunione, *supra*, n. 829, il superstite, in qualità di erede dei mobili ed acquisti de'detti figli, vi succederà.

Ma siccome il mobiliare che perviene al superstite, a qualunque titolo si sia, anche a titolo di successione, durante la continuazione della comunione, vi cade, come l'abbiamo veduto, *supra*, n. 825, questo mobiliare, che non era della continuazione della comunione, e che era proprio di questi figli, cade nella continuazione della comunione, per mezzo della successione pervenuta al superstite mentre durava tale continuazione.

867. Osservate che a titolo di successione si accresce agli altri figli la parte, che aveva ne'beni della continuazione della comunione il figlio morto durante tale continuazione; e perciò essi sono tenuti come eredi di questo a tutti i suoi debiti; non solamente a quelli della continuazione della comunione per la parte di cui questo figlio ne era tenuto,

e che diminuiscono di pieno diritto la parte ch'egli aveva ne'beni di tale continuazione, ma anche a tutti gli altri debiti, che questo figlio avesse contratti d'altronde: ed essi ne sono tenuti, a meno che questo figlio non avesse lasciato altri beni immobili da lui acquistati colla sua industria particolare, a'quali succeda il superstite; nel qual caso i debiti si ripartiscono tra il superstite come erede de'detti beni, e tra i fratelli e le sorelle di questo figlio, come eredi della sua porzione ne'beni della continuazione della comunione, per cui bisogna fare una stima. Fuori di questo caso, il superstite non succede in niente al suo figlio morto durante la continuazione della comunione; i soli suoi fratelli e sorelle sono suoi eredi, perchè la porzione, che aveva questo figlio ne'beni della continuazione della comunione, essendo il prezzo di ciò che spettavagli ne'mobili e nelle rendite degli immobili della successione del predefunto, di cui il superstite deve rendergli conto, il superstite per l'accrescimento che si fa della porzione di questo figlio ne' beni della continuazione della comunione a favore de'suoi fratelli, si obbliga a pagare verso loro ciò che spettava a questo figlio ne' mobili e nelle rendite degl' immobili della successione del premorto; egli ne trasferisce loro la successione, ben lungi dal succedervi egli stesso. Egli non è adunque erede di questi figli in nulla, i suoi fratelli e sorelle ne sono i soli eredi, e sono in conseguenza tenuti al pagamento de' debiti.

868. Allorchè il figlio morto durante la continuazione della comunione lascia una vedova colla quale egli era in comunione di beni, la porzione, ch'egli aveva ne'beni della continuazione della comunione, non si accresce a' suoi fratelli e sorelle, senonchè col peso di lasciare alla vedova la sua parte de'beni della detta porzione, i quali sono entrati nella comunione, che esisteva tra essa e suo marito.

869. La disposizione dell'*art.* 243, ha luogo soltanto quando i figli, che muojono durante la continuazione della comunione, muojono senza figli: se essi ne lasciano, questi succedono loro ne'diritti, che hanno nella continuazione della comunione, e non vi ha luogo al diritto di accrescimento prescritto da questo articolo.

Allorchè la comunione continua con più figli del premorto, e de'nipoti rappresentanti un figlio morto prima o dopo la continuazione della comunione, se uno de'detti nipoti muore, la sua porzione si accresce a suoi fratelli e sorelle che restano; soltanto dopo la morte di tutti i suddetti nipoti, la loro porzione si accresce agli altri figli del conjuge predefunto.

870. La disposizione di questo articolo eccedendo il diritto comune, deve esser ristretta al suo caso, perchè esso accresce la porzione de'figli morti durante la continuazione della comunione agli altri figli superstiti sino all'ultimo *che continuerà la comunione.* Soltanto quelli che accettano la continuazione della comunione possono prender questo accrescimento; e perciò se l' ultimo figlio rimasto rinunziasse alla continuazione della comunione, e domandasse al superstite il conto della parte, che a lui spetta nei beni della successione del premorto, non essendo egli in continuazione di comunione col superstite, non potrà pretendere l'accrescimento delle porzioni de'figli morti prima di lui; le cose in questo caso debbono rientrare nel diritto comune, e deve riputarsi, che il superstite sia erede di que' suoi figli, che a lui sono premorti.

ARTICOLO II.

Del diritto di accrescimento, che ha luogo nello Statuto di Orleans.

871. Allorchè il superstite dei due conjugi è in continuazione di comunione con più figli nati dal loro matrimonio, e che alcuno dei detti figli venga a morire durante la continuazione della comunione, lo Statuto di Orleans priva egualmente il superstite della successione della porzione che questo figlio aveva nel mobiliare della continuazione della comunione, che esso fa rimanere nella detta continuazione della comunione, ed accrescersi

agli altri figli; ma esso non priva subito ed immediatamente il superstite di questa successione, come fa lo Statuto di Parigi; esso dà al superstite un anno dal giorno della morte del figlio acciò si conservi questa successione, facendo sciogliere nel suddetto tempo la continuazione della comunione soltanto nel caso, che il superstite manchi di far sciogliere la continuazione della comunione entro l'anno, esso lo priva della successione della detta porzione, e la fa rimanere nella continuazione della comunione, ed accrescersi agli altri figli. Questa è una prima differenza tra lo Statuto di Orleans, e quello di Parigi riguardo al diritto di accrescimento.

872. Una seconda differenza è, che in vece che lo Statuto di Parigi priva il superstite di tutta la porzione, che il figlio premorto, durante la continuazione della comunione, aveva in tutti i beni di questa, tanto cioè negli acquisti come ne' mobili, e la fa accrescere agli altri figli; al contrario lo Statuto di Orleans, non priva, in quanto alla proprietà, il superstite della porzione, che aveva il figlio premorto negli acquisti della continuazione della comunione; esso lo priva soltanto delle rendite dei detti acquisti, durante tutto il tempo, che la continuazione della comunione ha durato dopo la morte del detto figlio; esso gliene lascia la proprietà per la porzione, che questi vi aveva, e nella quale non impedisce al superstite di succedergli. Vedete ciò, che abbiamo già detto, *supra*, n. 835.

SEZIONE IX.

Dell' accettazione e della rinunzia alla continuazione della comunione.

ARTICOLO PRIMO.

Dell'accettazione e della rinunzia alla continuazione della comunione, secondo i principj dello Statuto di Parigi.

873. Egli è a scelta de' figli, dopo avere esaminato sull'inventario le forze della continuazione della comunione, o di accettare e domandare al superstite la continuazione della comunione, o di rinunziarvi e dimandare conto de'beni della successione del defunto nello stato, ch'essi erano in tempo della di lui morte.

Osservate, che i figli debbono o accettare la continuazione della comunione per tutto il tempo ch'essa è durata, o rinunziarvi per lo detto tempo; essi non sarebbero ammessi a domandarla per una parte del tempo, che ha durato e rinunziarvi per lo rimanente.

Noi vedremo, nel primo paragrafo, da chi possa domandarsi la continuazione della comunione; nel secondo, se questa domanda sia soggetta a prescrizione; nel terzo, quale sia l'effetto dell' accettazione della continuazione della comunione; tratteremo, nel quarto, della rinunzia alla continuazione della comunione; nel quinto, vedremo se tra più figli, gli uni possano domandare la continuazione della comunione ed altri rinunziarvi, e quale parte in questo caso debbano avere nella continuazione della comunione quelli che l' accettano.

§ 1. *Da chi possa domandarsi la continuazione della comunione.*

874. Allorchè il premorto dei due conjugi ha lasciato per eredi de'figli minori di questo suo matrimonio, mancando il superstite di soddisfare a ciò che esige lo Statuto per impedire la continuazione della comunione, ciascuno dei detti figli può domandarla; i figli che erano maggiori in tempo della morte del predefunto, e quelli che il premorto aveva da un precedente matrimonio, lo possono egualmente; ma soltanto nel caso in cui la continuazione fosse stata domandata da uno di quelli, che erano minori.

875. È una questione in varj modi giudicata da'tribunali, se il diritto, che lo Statuto accorda ai figli di dimandare la continuazione della comunione, sia un diritto ordinario e disponibile, che passi a'loro legatarj universali, che cada nelle loro comunioni allorchè essi sono maritati, e che possa essere esercitato da' loro creditori; o se sia un diritto a loro personale, in maniera che soltanto i detti figli pos-

sano essere ammessi a dimandare per se stessi la continuazione della comunione, senza che lo possano quelli, che hanno delle pretensioni su i loro diritti, allorchè tali figli non la dimandano, o sieno morti senza averla dimandata. Si citano delle decisioni le quali hanno giudicato in favore di questa personalità: se ne cita una, che ha rigettata una dimanda de'creditori, i quali chiedevano di esercitare i diritti di un figlio loro debitore, sopra una continuazione di comunione, che questo figlio non avea dimandata: se ne cita un'altra, che nel caso di un figlio, che era morto senza essersi spiegato sulla continuazione della comunione, ha dichiarato il legatario universale di questo figlio non ammissibile a dimandarla: se ne cita un'altra, che dichiara egualmente non ammissibile una vedova nella dimanda, ch'essa faceva in qualità di comune in beni col suo defunto marito, che era morto senza spiegarsi su di una continuazione di comunione, colla quale questa vedova dimandava di dividere la porzione, che suo marito aveva ne' beni della detta continuazione, perchè tale porzione era caduta nella comunione, che vi era stata fra essa e suo marito.

Vi sono delle decisioni contrarie: se ne cita una, che ha ammesso il legatario universale d'un figlio a dimandare in questa qualità la continuazione della comunione, benchè il figlio fosse morto senza averla dimandata.

Lebrun si sforza invano di distinguere il caso di un legatario universale di un figlio morto senza aver dimandata la continuazione della comunione, che aveva diritto di domandare, ed il caso della vedova o de'creditori di questo figlio; egli dice, che un legatario universale, che è *haeredis loco*, ha più qualità per dimandare la continuazione della comunione, che il defunto aveva diritto di dimandare, che non ne hanno la vedova o i creditori. Questa distinzione non è sostenibile: o questo diritto è puramente personale al figlio, o non lo è; s'egli è a lui puramente personale, non può passare egualmente a'suoi legatarj universali, come alla sua vedova ed a' suoi creditori; se non lo è, perchè i creditori di questo figlio non saranno ammessi ad esercitare per lui questo diritto, mentre essi sono ammessi nella nostra giurisprudenza francese ad esercitare i diritti de' loro debitori in una successione, non solamente nel caso in cui il loro debitore non l'avesse accettata, ma anche nel caso in cui l'avesse ripudiata in frode? In ciò, ben lungi che i creditori abbiano meno qualità per esercitare i diritti del loro debitore di quel, che ne abbiano i suoi eredi o legatarj universali, come pretende Lebrun, essi ne hanno al contrario di più; poichè questi eredi o legatarj universali non potrebbero accettare una successione, che il defunto avesse ripudiata.

Lasciando da parte le decisioni, che sono fra loro contrarie, o che possono essere state pronunziate piuttosto sulle circostanze di fatto, che sul punto di diritto, io non vedo alcuna solida ragione, che obblighi di riguardare come un diritto personale ai figli, quello che lo Statuto loro dà di domandare al superstite la continuazione della comunione, in luogo del conto, che loro è dovuto del mobiliare e delle rendite degli immobili della successione del premorto; io non vedo niente, che impedisca, che quando essi non abbiano durante la loro vita effettuata questa scelta, loro accordata dallo Statuto, non possano trasmettere questa scelta stessa a' loro successori.

Così è stato giudicato recentemente con una decisione del primo settembre 1766 nella gran camera a favore de' creditori del fu sig. Durant de Mesi, riportata nel supplemento da Denisart.

§ 2. *Se il diritto, che lo Statuto accorda ai figli di domandare la continuazione della comunione, sia soggetto a prescrizione.*

876. Il diritto che lo Statuto accorda ai figli di domandare al superstite la continuazione della comunione, essendo loro accordato perchè tenga luogo tanto della loro parte nel mobiliare della comunione, che è restato nelle mani del superstite, quanto delle loro rendite delle quali il su-

perstite loro deve tener conto, ne segue che i figli, sinchè sono ammissibili a dimandare questo conto, sono ammissibili ancora a dimandare la continuazione della comunione, che deve, s' essi lo vogliono, tenervi luogo.

Ma l' azione, che i figli hanno per dimandar questo conto, essendo come tutte le altre azioni soggetta alla prescrizione ordinaria di trent' anni, allorchè una tal prescrizione è stata acquistata dal superstite contro questa azione, sembra ch' egli debba averla egualmente acquistata contro la domanda di continuazione di comunione, che ne è come una specie di dipendenza.

Non si può stabilire contro questa decisione il principio, che noi abbiamo ammesso nel nostro *Trattato del Contratto di Società*, n. 166, che la azione di un socio per dimandare la divisione di una società, è imprescrittibile sinchè la società sussiste: questo principio non ha qui applicazione alcuna; poichè egli suppone che vi sia una società stabilita la quale esiste ancora; ma la continuazione della comunione, non essendo nello Statuto di Parigi che un diritto ed una facoltà data dallo Statuto ai figli per domandare la continuazione della comunione al superstite in luogo del conto, ch' egli loro dovrebbe del mobiliare e delle rendite dei beni ereditarj della loro madre, non vi ha società e comunione tra il superstite ed i figli, se non quando i figli ed i loro rappresentanti abbiano dimandato al superstite che questa vi sia. Allorchè essi non l' hanno dimandata, o che, non essendo più ammissibili a dimandare il conto al superstite, non sieno più ammissibili neppure a dimandargli una continuazione di comunione, che ne tien luogo, si suppone non esservi giammai stata società nè comunione tra il superstite ed i suoi figli, e per conseguenza il principio opposto non può ricevere applicazione alcuna.

877. Egli è altrimenti secondo lo Statuto di Orleans: la continuazione della comunione non è in questo Statuto una semplice facoltà che hanno i figli di domandarla, ma una vera società e comunione, che lo Statuto stabilisce tra il superstite e gli eredi del premorto, se non vi ha dichiarazione in contrario. Questa società essendo stata stabilita in tempo della morte del predefunto, il superstite ha da quel momento cominciato, ed ha di poi sempre continuato a possedere in comune cogli eredi del premorto, i beni di cui questa società è composta, e perciò gli eredi sono sempre in tempo di domandargliene la divisione, senza ch' egli possa loro opporre alcuna prescrizione, secondo il principio riportato qui sopra.

§ 3. *Quale sia l'effetto dell' accettazione della continuazione della comunione.*

878. La continuazione della comunione, secondo i principj dello Statuto di Parigi, essendo la stessa comunione che esisteva tra i due conjugi, la quale si suppone esser continuata tra il superstite ed i figli eredi e successori del premorto, ne segue che allorquando tutti i detti figli accettano la continuazione della comunione, essi debbono avere tutti insieme nella continuazione della comunione la stessa parte, ch' essi hanno nella comunione.

Perciò allorquando la comunione tra conjugi è stata contratta secondo l' ordinario per essere divisa per metà tra il superstite e gli eredi del premorto, i figli avranno tutti insieme la metà de' beni della continuazione della comunione.

Ma se per una clausola del contratto di matrimonio, si fosse convenuto che gli eredi del premorto avrebbero soltanto il terzo in tutti i beni della comunione, i figli non avrebbero tutti insieme che il terzo in quelli della continuazione della comunione. *Viceversa*: se si fosse detto, che la donna sarebbe in comunione soltanto per un terzo, il marito essendo premorto, i suoi figli, che hanno i due terzi nei beni della comunione, avranno parimenti i due terzi in quelli della continuazione della comunione.

879. Nella suddivisione della porzione che tocca a ciascun figlio, allorchè essi hanno accettata la continuazione della comunione, ciascuno vi avrà quella stessa porzione nella quale succede a' beni del premorto,

quindi se il superstite, che ha lasciato quattro figli, ne abbia fatto uno suo legatario universale, questo legatario, essendo solo succeduto nella metà dei beni del premorto, ciascuno degli altri tre figli ridotti alla loro legittima, essendo succeduto ne' beni del premorto soltanto per un ottavo, avrà egualmente un ottavo in questa suddivisione, ed il legatario universale avrà il di più.

Nulladimeno il figlio primogenito, benchè abbia ne' feudi della successione del premorto una porzione maggiore de' suoi cadetti, nella suddivisione della porzione, che spetta ai figli ne' beni della continuazione della comunione, ha solamente una parte eguale a quella, che vi ha ciascuno de' suoi cadetti. La ragione è, che ciò ch'egli ha di più de' suoi cadetti ne' feudi ereditarj, lo ha a titolo di anteparte legale; ma egli non è erede e successore a' beni del defunto, che per una parte eguale a quella per la quale succede ciascuno de' suoi cadetti.

Riguardo al caso in cui una parte soltanto de' figli accetti la continuazione della comunione, vedete § 5, *infra*.

§ 4. *Della rinunzia alla continuazione della comunione.*

830. Lo Statuto dicendo, nell'articolo ventiquattro, che i figli possono domandare *se loro sembra opportuno*, la continuazione della comunione, dichiara sufficientemente ch' essi possono rinunziare a questo diritto, allorchè giudicano, che la continuazione della comunione non sarà loro vantaggiosa.

Essi possono rinunziarvi, sia espressamente dichiarandolo a piedi dell'inventario o con qualche altro atto, sia tacitamente con qualche fatto, che dinoti la volontà di rinunziare. Eccone un esempio; de' figli, che erano in diritto di domandare la continuazione della comunione alla successione del superstite, alla quale essi venivano con altri figli, che il superstite aveva da un precedente matrimonio, lasciano comprendere nella massa de' beni ereditarj del superstite tutti i mobili, che si sono trovati in tempo della morte di costui, e tutti gl' immobili acquistati dallo stesso dopo la morte del predefunto, e dividono co' loro coeredi i beni di questa massa, senza domandare separazione alcuna per la parte ch' essi avevano diritto di pretendere dei detti beni a titolo di continuazione di comunione; egli è bene evidente, che con questo fatto i figli dichiarano sufficientemente, che rinunziano alla continuazione della comunione, e che si attengono al credito, ch' essi hanno contro la successione del superstite pel conto, che questa loro deve della eredità del premorto, e della comunione, che esisteva tra il superstite ed il predefunto, nello stato ch' essa era in tempo della morte di quest' ultimo.

881. Allorquando la moglie sia premorta, i figli possono, o rinunziare tanto alla comunione quanto alla continuazione della comunione, o rinunziare soltanto alla continuazione della comunione, ed accettar la comunione nello stato ch' essa era in tempo della morte del predefunto. Allorquando sia premorto il marito, i figli possono rinunziare soltanto alla continuazione della comunione.

882. L' effetto della rinunzia de' figli alla continuazione della comunione, è che tutti i mobili, che il superstite si trova avere, e tutti gl' immobili da lui acquistati dopo la morte del predefunto, appartengono in tutto al superstite, il quale è solamente debitore verso i suoi figli del conto dei beni ereditarj del premorto di cui egli è rimasto in possesso, e del conto della comunione, che aveva avuto luogo tra il superstite ed il predefunto, nello stato in cui essa si trovava in tempo della morte di quest' ultimo.

Per questo conto è d' uopo fissare la somma cui ascende la quantità del mobiliare della comunione, che si è trovato in tempo della morte del predefunto, per quella parte, che apparteneva alla successione del premorto, di cui il superstite deve dar conto ai suoi figli.

Allorquando le parti non convengono tra loro della somma per la quale il mobiliare deve esser fissato, bisogna ricorrere al giudice per regolarla. Il giudice ordina, che saranno fornite rispettivamente delle prove dalle

parti tanto per scritture quanto per testimoni, dello stato delle forze del mobiliare della comunione in tempo della morte del predefunto.

Le scritture, che possono condurre a questa prove, sono i libri di commercio, i giornali e le carte domestiche, per lo spoglio, che se ne può fare; e perciò il superstite è tenuto a presentarli, o ad assicurare con giuramento ch' egli non ne ha alcuno.

La seconda specie di prova risulta dall' esame de' testimonj nel quale ciascuna delle parti può far sentire le deposizione delle persone, che possono aver qualche cognizione dello stato del mobiliare della comunione esistente in tempo della morte del predefunto.

Sull' una e sull' altra di queste prove, o soltanto sopra una di esse, il giudice si regola per fissare la somma del mobiliare di cui il superstite deve render conto.

§ 5. *Se tra più figli, gli uni possano domandare la continuazione della comunione, gli altri rinunziarvi; e qual parte ne abbiano in questo caso gli accettanti.*

883. Il diritto di continuazione della comunione è un diritto divisibile, poichè ha per oggetto delle cose divisibili. Vedete il nostro *Trattato delle Obbligazioni*, *part.* II, *cap.* 4, *s.* 2, *n.* 288.

Egli è della natura di tutti i diritti divisibili, che allorquando un tale diritto appartiene a più persone, egli si divide *ipso jure* tra le persone a cui appartiene, le quali vi hanno ciascuna la loro parte, *ibid.*, n. 299.

Il diritto di continuazione della comunione, che lo Statuto accorda a' figli del premorto, si divide dunque tra i detti figli; ciascun di loro vi ha la sua parte; e siccome questo diritto è loro accordato nella qualità d'eredi del premorto, la parte, che ciascuno de' detti figli vi ha, è quella per la quale egli è erede del predefunto.

Ciascuno de' figli avendo la sua parte nella continuazione della comunione, niente impedisce, che gli uni possano domandare la continuazione per la parte ch' essi vi hanno, e gli altri rinunziarvi per la loro.

I figli spesse volte hanno su di ciò degli interessi diversi. Supponiamo che durante una continuazione di comunione, che abbia esistito lungo tempo, il superstite abbia fatte delle grandi spese per l' educazione di un figlio, le quali abbiano assorbite le rendite di questo figlio; e che al contrario non abbia fatta spesa alcuna per una figlia, che ha sempre dimorato in campagna durante questo tempo: la parte, che ciascun figlio ha nella continuazione della comunione, tenendogli luogo di ciò, che gli perverrebbe nel conto, che il superstite deve rendere a' suoi figli del mobiliare, e delle rendite degl' immobili ereditarj del premorto, per quella porzione, che spetta a ciascuno, il figlio, al quale poco può pervenire da questo conto, ha interesse di dimandare la sua parte nella continuazione della comunione; al contrario, la figlia, alla quale deve pervenire molto da questo conto, ha interesse di dimandarlo, e quindi a rinunziare alla continuazione della comunione.

884. La grande quistione è di sapere, nel caso in cui tra più figli, gli uni domandino la continuazione della comunione, e gli altri vi rinunzino, qual debba essere la parte di quelli, che domandano la continuazione della comunione. Lebrun pretende, che si accresca loro la parte di quelli, che hanno rinunziato alla continuazione della comunione; di modo che se un figlio solo abbia accettata la continuazione della comunione, egli può solo domandar per intero la metà de' beni della continuazione della comunione, che lo Statuto dà a tutti i figli del premorto, col peso, cui è tenuto questo accettante, di soddisfare pel superstite i suoi fratelli e le sue sorelle, che hanno rinunziato alla continuazione della comunione, di ciò che può loro pervenire per la parte, che hanno nel conto del mobiliare, e delle rendite degli immobili della successione del premorto, che il superstite loro deve.

Il sig. Le Camus, in un atto di notorietà del *Châtelet* dell'8 agosto 1702, rigetta l' opinione di Lebrun, che sottopone i soli figli accettanti al debito del conto dovuto ai rinunzianti. La parte di questi ne' beni della succes-

sione del premorto, il conto de' quali è loro dovuto, essendo rimasta in possesso del superstite, e non de' figli accettanti, egli è contro la ragione l' obbligare a questo conto i figli accettanti, e di esonerarne il superstite.

Secondo quest'atto stesso di notorietà, l' uso del *Châtelet* è che i figli accettanti abbiano in questo caso la metà de' beni della continuazione della comunione, e che contribuiscano per questa metà al debito del conto dovuto ai rinunzianti, come a tutti gli altri debiti della comunione.

Quest' uso del *Châtelet* è in questo punto contrario alla decisione del 6 settembre 1687, riportata nel secondo tomo del Giornale del foro, e da Lebrun, benchè contraria alla sua opinione. Questa sentenza ha giudicato che la porzione del figlio, che accettava la continuazione della comunione, non era aumentata dalla rinunzia, che gli altri vi avevano fatta. Nel caso della decisione, il premorto aveva lasciato tre figli per suoi eredi, due dei quali avevano rinunziato alla continuazione della comunione, ed un solo l' aveva dimandata; la decisione accordò a quello, che l' aveva dimandata, il solo suo terzo nella metà, che è un sesto del totale de' beni della detta continuazione.

La ragione di tale decisione si è che la parte, che ciascuno de'figli ha diritto di domandare ne'beni della continuazione della comunione, tien luogo della parte, che gli spetta nel mobiliare e nelle rendite degl'immobili della successione del premorto, i quali sono restati in possesso del superstite, e de' quali egli deve render conto a'suoi figli: quelli tra i figli, che hanno rinunziato alla continuazione della comunione, conservano la parte, che essi hanno nel mobiliare e nelle rendite degli stabili della successione del premorto, e non rinunziano alla continuazione della comunione, che per farsene render conto dal superstite: la loro rinunzia non aumenta dunque la parte, che ne perviene al figlio, che domanda la continuazione della comunione, e per conseguenza essa non deve aumentare la sua parte ne' beni della continuazione della comunione i quali ne tengono luogo. L'*art.* 243, che è l' unico fondamento dell' opinione contraria, non riceve quà applicazione alcuna. Se quest' articolo fa accrescere la porzione de' figli morti durante la continuazione della comunione ai figli superstiti, sino all' ultimo, ciò è, come l' abbiamo già osservato, *supra*, perchè quest' articolo, che contiene una nuova pena contro il superstite, lo priva di poter succedere a' suddetti figli, in ciò che a loro spetta ne' beni della successione del premorto, che sono entrati nella continuazione della comunione, ed in conseguenza di succedere alla parte, ch' essi avevano diritto di domandare ne' beni della continuazione della comunione, che deve loro tenerne luogo. Lo Statuto deferisce questa successione, di cui essa priva il conjuge superstite, a' figli superstiti sino all'ultimo; ed in conseguenza l' ultimo figlio, che rimane, può domandare per intero la metà de' beni della continuazione della comunione, tanto come avendovi parte in testa propria, quanto come avendo i diritti degli altri figli premorti, di cui lo Statuto lo rende a questo riguardo erede ad esclusione del superstite.

Ma nel caso, di cui si tratta, il figlio, che domanda solo la continuazione della comunione, non ha i diritti di quelli, che vi hanno rinunziato; ben lungi da ciò, quelli che vi hanno rinunziato conservano i loro diritti, e non rinunziano alla continuazione della comunione, che per farsene render conto; il figlio, che solo dimanda la continuazione della comunione, avendo adunque la sola parte, ch'egli ha in testa propria nel mobiliare, e nelle rendite degli immobili della successione del premorto, del conto dei quali la metà della continuazione della comunione tiene luogo, egli deve avere la sola parte, ch' egli ha in testa propria ne' detti beni della continuazione della comunione, e ch'egli avrebbe, se tutti i figli domandassero come lui la continuazione della comunione.

Laurière in una dissertazione, che si trova in fine delle sue note sopra Loisel, non segue nè la decisione di questa sentenza nè quella dell' atto di notorietà riportato qui sopra. Egli abbraccia una opinione, che gli è particolare, e pretende che la parte di

ciascun accettante ne' beni della continuazione, debba essere nella stessa proporzione di quella del superstite. Per esempio, supponendo che di tre figli ve n' abbia uno, che accetti, la porzione, che vi metteva questo figlio essendo il sesto ch' egli aveva nella prima comunione, e quella del superstite essendo la metà ossiano tre sesti, la porzione postavi dal figlio sta a quella postavi dal superstite come uno a tre; e per conseguenza secondo questo sistema egli dovrebbe avere un quarto ne' beni della continuazione, ed il superstite tre quarti.

Questa opinione di Laurière si fonda sopra un *falso* principio, il quale consiste nel considerare la continuazione della comunione,come una nuova società, che si contrae tra il superstite ed i suoi figli; questo principio essendo *falso*, come noi l' abbiamo mostrato, *supra*, n. 772, l' opinione di Laurière, che si fonda su di lui, non deve aver luogo nello Statuto di Parigi, ma bensì in quelli nei quali la continuazione della comunione è effettivamente una novella società: perciò noi l' abbiamo abbracciato, *infra*, per lo Statuto di Orleans, che è di questo numero.

ARTICOLO II.

Principj dello Statuto di Orleans sulla rinunzia alla continuazione della comunione.

885. La continuazione della comunione essendo, secondo i principj dello Statuto di Orleans, una nuova comunione o società, che si contrae tra il superstite e gli eredi del premorto, se questi eredi erano maggiori in tempo della morte del predefunto, al pari del superstite, non sono ammessi a rinunziare a questa continuazione di comunione, per tutto il tempo ch' essa ha durato; possono solamente, secondo le regole della società, dimandarne lo scioglimento per l' avvenire.

886. Allorchè gli eredi del premorto, o qualcuno d' essi era minore in tempo della morte del predefunto lo Statuto gli permette di rinunziarvi e di attenersi alla comunione nello stato in cui essa era in tempo della morte del predefunto: così è stabilito dallo *art.* 216 con le seguenti parole: « tuttavolta, se i detti figli o (altri) eredi fossero minori, sarà in loro elezione di accettare o rinunziare la detta continuazione di comunione ».

Questa è una restituzione, che lo Statuto accorda ai minori, contro la continuazione di comunione o società, ch' essi hanno tacitamente contratta col superstite nella loro età minore; questa restituzione è fondata su ciò, che i minori per diritto comune possono restituirsi contro tutte le obbligazioni, ch' essi hanno contratte contro i loro interessi.

887. Basta che gli eredi del premorto fossero minori in tempo della morte del predefunto, che è il tempo nel quale si reputa essersi contratta la nuova comunione, perchè essi possano rinunziarvi, sebbene sieno dipoi divenuti maggiori.

888. Essi lo possono anche dopo l' età di trentacinque anni compiti; è vero, che l' Ordinanza dichiara che i minori dopo quest' età non sieno ammissibili a provvedersi con lettere di rescissione contro le obbligazioni, che essi hanno contratte nella loro età minore; ma gli eredi del premorto, che erano minori in tempo della morte del predefunto, non avendo bisogno di provvedersi per lettere di rescissione contro la continuazione della comunione, poichè hanno dalla legge stessa il diritto di essere restituiti, e di poter rinunziarvi, non sono soggetti a queste prescrizioni.

889. Essi debbono far questa rinunzia alla continuazione della comunione, per tutto il tempo, che essa ha durato dopo la morte del predefunto; essi non sarebbero ammissibili ad accettarla sino ad un certo tempo, ed a rinunziarvi per il resto.

Ma niente impedisce, che uno degli eredi del premorto possa accettare in testa propria e per la sua parte la continuazione della comunione, e rinunziarvi per la parte del suo coerede al quale egli è succeduto.

890. L' effetto della rinunzia alla comunione è, che il superstite deve agli eredi, che hanno rinunziato alla continuazione della comunione, un conto della porzione, che loro ap-

partiene ne' beni della successione del paemorto, di cui egli è rimasto in possesso. Vedete su questo punto ciò che è stato detto più sopra.

Allorchè una parte soltanto degli eredi del premorto abbia rinunziato alla continuazione della comunione, il conto, che loro è dovuto dal superstite, è un debito della continuazione della comunione, che esiste tra il superstite e gli altri eredi del predefunto.

891. Quando la comunione continua soltanto con una parte degli eredi del premorto, le porzioni del superstite e di ciascuno de' suddetti eredi nella continuazione della comunione non si regolano, nello Statuto di Orleans, nella maniera stessa ch'esse si regolano nello Statuto di Parigi. La continuazione della comunione essendo, secondo i principj dello Statuto di Orleans, una specie di società, che il superstite contrae con gli eredi del premorto, e nella quale ciascuna delle parti conferisce la porzione, che ha nella prima comunione; le porzioni, che ciascuna delle parti deve avere nella continuazione della comunione, debbono, secondo le regole di società, essere nella stessa proporzione di ciò, che ciascuna di esse vi ha messo.

Allorquando questa società si contrae tra il superstite e tutti gli eredi del predefunto, il superstite conferendovi la metà, ch'egli aveva nella comunione, e gli eredi apportandovi egualmente la loro metà, ch' essi vi avevano, ciò che il superstite vi conferisce essendo in ragione eguale a ciò che vi conferiscono gli eredi del premorto, il superstite deve avere nella continuazione della comunione una parte eguale a quella degli eredi, vale a dire il superstite deve avervi la metà, e gli eredi del premorto l' altra metà, che si suddivide tra essi in porzioni eguali, senza che il primogenito possa pretendervi più degli altri.

Ma allorchè la comunione continua soltanto con alcuni degli eredi del premorto, ciò che il superstite vi ha conferito non essendo in questo caso in ragione eguale con ciò che vi hanno conferito i detti eredi, ciascuna delle parti deve avere nella continuazione della comunione una porzione ineguale, proporzionata a ciò ch' essa vi ha messo. Supponiamo, per esempio, che il premorto abbia lasciato tre eredi, due soli de' quali abbiano continuata la comunione col superstite, il terzo avendovi rinunziato; i due eredi avendo conferito in questo caso soltanto il terzo della metà, o il sesto del totale, che ciascun di loro aveva nella comunione, ciò che per loro due fa due sesti, ed il superstite avendo dal lato suo conferito la metà, che vi aveva, la quale fa tre sesti, ciò che gli eredi hanno conferito si trova, riguardo a ciò che vi ha conferito il superstite, nella ragione di due a tre, e per conseguenza, perchè ciascuna delle parti abbia nella continuazione della comunione una quota proporzionata a ciò che vi ha messo, il superstite deve avere tre quinti, ed i due eredi due quinti cioè un quinto per ciascuno.

SEZIONE X.

Della divisione della continuazione della comunione; delle deduzioni e delle collazioni che vi si fanno.

892. La prima cosa necessaria a pervenire alla divisione della continuazione della comunione, è l' inventario che se ne deve fare.

Si deve in seguito fare la liquidazione de' crediti, che ciascuna parte ha contro la continuazione della comunione, e dei debiti di cui essa è debitrice verso la stessa.

Tutti i debiti della comunione entrando nella continuazione della comunione, ciascuna delle parti, gli eredi del premorto come il superstite, hanno contro la continuazione della comunione gli stessi crediti, ch' essi avevano contro la comunione.

Il superstite è anche creditore della continuazione della comunione, per la ricupera del prezzo de' suoi beni proprj alienati, che è entrato nella comunione.

Nello Statuto di Orleans il superstite è oltre a ciò creditore della ricupera di tutto il mobiliare, ch' egli giustificherà esserle pervenuto per successione, donazione o legato durante la continuazione della comunione,

che in esso è entrato, come l' abbiamo veduto, *supra*, n. 831.

Non è così nello Statuto di Parigi, che fa entrare questo mobiliare nella continuazione della comunione, come l' abbiamo veduto, *supra*, n. 825.

Gli eredi del premorto, oltre ai crediti ch' essi avevano contro la comunione, e che hanno contro la continuazione della comunione, sono anche creditori della ricupera del prezzo dei loro beni proprj alienati durante la continuazione della comunione, e che in essa è entrato, a meno che i detti eredi non giudicassero a proposito di disapprovare la vendita, che il superstite ne avesse fatta senza diritto, e di rivendicarli contro gli acquirenti: nel qual caso egli è evidente ch' essi non potrebbero dimandare il prezzo alla continuazione della comunione.

Allorchè durante la continuazione della comunione sieno pervenuti agli eredi del premorto de' beni mobili o stabili di cui il superstite, come loro tutore, ha avuta l' amministrazione, questi beni, che non procedono d' altronde, che dalla successione del premorto, non appartengono, nè in quanto allo proprietà nè in quanto ai frutti, alla continuazione della comunione, come lo abbiamo veduto; il conto di tutela, che il superstite deve a questi eredi per l' amministrazione, ch' egli ha avuta dei detti beni durante la continuazione della comunione, è un debito della detta continuazione; ed in conseguenza i detti eredi ne sono creditori verso la continuazione della comunione; perciò si deve procedere alla liquidazione di questo conto, prima di procedere alla divisione dei beni della continuazione della comunione.

893. I debiti, cui ciascuna delle parti è debitrice verso la continuazione della comunione, sono, in primo luogo, tutti quelli di cui esse erano di già debitrici verso la comunione.

In secondo luogo, ciascuna delle parti è debitrice verso la continuazione della comunione delle somme, che essa ne ha ritratta pe' suoi affari particolari, di cui ha essa sola profittato, e di cui la continuazione della comunione non era tenuta; come sono quelle, che si sono prese pel pagamento dei debiti proprj, e per le spese necessarie o utili, oltre a quelle di semplice conservazione fatte ne' fondi proprj.

Si può a questo proposito stabilire per regola che ciascuna delle parti, sia il superstite sieno gli eredi del premorto, deve compensare la continuazione della comunione delle somme, ch' essa ne ha ritirate pe' suoi affari particolari, negli stessi casi ne' quali egli avrebbe dovuto compensare la comunione conjugale per le somme, che ne avesse ritirate per simili affari.

Gli eredi del premorto sono parimenti debitori verso la continuazione della comunione della somma, che ne hanno presa per pagare le spese funebri del premorto, e per eseguire il suo testamento; poichè, come l' abbiamo veduto *supra*, n. 275 e 276, questi sono pesi particolari della successione del premorto, a' quali nè la comunione nè la continuazione della comunione non sono tenute.

894. Dopo aver fatti gli stati di tutte le somme di cui ciascuna parte è creditrice della continuazione della comunione, e di tutte quelle di cui essa è debitrice, quando i crediti di una delle parti, sieno del superstite sieno degli eredi del premorto, eccedono i suoi debiti, la somma, di cui essa si troverà rimaner creditrice, dopo aver dedotto i suoi debiti, forma il soggetto di un prelevamento, che questa parte ha diritto di esercitare sulla massa de' beni, tanto per la detta somma quanto per gl' interessi, che ne sono decorsi dopo lo scioglimento della comunione.

Al contrario, allorchè i debiti di una delle parti eccedono i suoi crediti, la somma, di cui ella si troverà debitrice verso la continuazione della comunione, forma la materia di una collazione, che questa parte è tenuta di fare nella massa de' beni della continuazione della comunione, tanto di questa somma quanto degl' interessi, che ne sono decorsi dopo lo scioglimento della comunione; la quale somma ed interessi debbono essere nella divisione della detta massa computati alla parte, che ne è debitrice.

895. Allorchè un figlio sia stato

maritato durante la continuazione della comunione, ed abbia ricevuto una dote, sia in fondi sia in denaro, dai beni della continuazione della comunione, egli ne deve far la collazione nella divisione de' beni di tale continuazione.

Egli deve far la collazione del solo capitale della dote, non già dei frutti, che ne abbia percepiti, nè degli interessi, sennonchè dopo lo scioglimento della comunione: gli altri gli tengon luogo degli alimenti, che la continuazione della comunione sarebbe stata obbligata a somministrargli, se non fosse stato dotato.

Il figlio soddisfà alla collazione che ei deve far della sua dote, computandola nella parte, che gli spetta nella divisione de' beni della continuazione della comunione. Se la dote eccedesse questa parte, il figlio dovrebbe computar l' eccedente nella parte, che gli deve spettare nella divisione da farsi tra lui ed i suoi fratelli e sorelle de' beni proprj della successione del premorto.

Se la dote eccedesse la parte, che spetta a questo figlio in tutti i beni della successione del premorto, si supporrebbe che il superstite avesse donato *de suo* l' eccedente, il quale eccedente dovrebbe per conseguenza computarsi nella parte del superstite nei beni della continuazione della comunione.

Allorchè un figlio, durante la continuazione della comunione, che senza esser maritato abbia ricevuto de' beni di questa comunione una somma, per formarsi uno stabilimento di commercio, o per l' acquisto di una carica, o per qualunque altra specie di stabilimento si sia, egli ne deve egualmente far collazione nella divisione de' beni della continuazione della comunione; e tutto ciò che abbiamo detto della collazione, che vi deve fare della sua dote un figlio maritato, riceve un' intiera applicazione a questa collazione.

896. Allorchè una figlia abbia fatto professione religiosa durante la continuazione della comunione ed abbia perciò ricevuto una dote presa da' beni comuni, i suoi fratelli e sorelle ai quali, secondo l' *art.* 243 dello Statuto di Parigi, si accresce la parte che essa aveva nella continuazione della comunione, debbono, come rappresentanti i suoi diritti, computare in questa porzione, che loro si accresce, la dote, che si suppone aver ricevuta a conto di questa porzione.

Quand' anche la dote, ch' ella ha ricevuta, eccedesse questa porzione, se vi sono de' beni proprj della successione del premorto, i fratelli e sorelle della religiosa che le sono succeduti nella porzione, che essa vi aveva, debbono tener conto di questa dote al superstite, che si suppone averla fornita piuttosto su i beni della figlia, che sopra i suoi.

Ma se la dote eccedesse la parte, che la figlia religiosa aveva in tutti i beni della successione del premorto, si supporrebbe, che il superstite le avesse donato *de suo* l' eccedente, e questo eccedente dovrebbe essergli computato sulla sua porzione nella divisione de' beni della continuazione della comunione.

Nello Statuto di Orleans, il quale in mancanza per parte del superstite di avere sciolta la comunione entro l' anno della professione religiosa di sua figlia, fa accrescere ai di lei fratelli e sorelle la parte, ch' essa aveva nei beni della continuazione della comunione solamente in quanto al mobiliare, la dote deve computarsi proporzionatamente, in parte sul mobiliare ed in parte sugli acquisti della porzione della religiosa.

897. Del resto, tutto ciò che si è detto nel capitolo secondo della quarta parte, sulla divisione de' beni della comunione, su gli effetti e su le obbligazioni ch' essa produce, si applica egualmente alla divisione de' beni della continuazione della comunione.

Noi faremo solamente due osservazioni riguardo alla suddivisione, che deve farsi tra i figli del premorto.

La prima è che, siccome nella divisione principale, benchè una delle parti abbia conferito più dell' altra alla continuazione della comunione, per esempio, se il superstite aveva molti beni proprj, le rendite de' quali sono cadute nella continuazione della comunione, e gli eredi del premorto ne avevano pochi o nessuno, *aut vice versa*, nulladimeno la parte, che ha portato più di rendite, non può per

ragione di questo di più pretendere alcun prelevamento; egualmente nella suddivisione, che si deve fare tra i figli, benchè il primogenito, il quale ha egli solo la metà de' fondi feudali della successione del premorto, abbia conferito nella continuazione della comunione maggiori rendite, che non vi ha conferito ciascuno de' suoi cadetti, nulladimeno, nella suddivisione egli non può pretendere, che la sua porzione virile ed eguale a quella, che vi ha ciascuno de' suoi cadetti, senza ch' egli possa nulla prelevare per ciò ch' egli ha conferito più di quello, che ha conferito ciascun cadetto.

898. La seconda osservazione è, che nella suddivisione il primogenito può pretendere negli acquisti della continuazione della comunione, benchè feudali, soltanto una parte eguale a quella che vi ha ciascuno de' suoi cadetti, e non può esercitarvi alcun diritto di maggioranza. La ragione si è, che il primogenito non ha diritto di primogenitura che ne' feudi ed altri beni nobili della successione de' suoi genitori o altri ascendenti; ma non si può dire, che questi acquisti feudali della continuazione della comunione sieno della successione del premorto, essendo stati acquistati dopo la morte di lui. Lo Statuto di Orleans, *art.* 216, si è spiegato in questi termini: « E sugli acquisti che saranno fatti co' beni della detta comunione, il figlio primogenito o altro maschio non vi avrà prerogativa di primogenitura ».

899. Queste parole *nè altri maschi* riguardano il caso nel quale la comunione sia continuata con degli eredi collaterali del premorto, maschi e femmine. Lo Statuto decide, che sebbene nella successione collaterale i maschi escludano le femmine riguardo ai feudi, nulladimeno essi non le escludono negli acquisti feudali della continuazione della comunione, poichè questi acquisti non sono della successione, essendo stati acquistati posteriormente.

SEZIONE XI.

Come ciascuna delle parti sia tenuta ai debiti della continuazione della comunione.

900. Non v' ha dubbio, che le parti, dopo fatta la divisione de' beni comuni, sieno tra esse tenute ai debiti, per la parte che ciascuna vi ha.

Sino a che la continuazione della comunione dura, ed anche sino alla divisione, il superstite, essendo solo in possesso di tutti i beni della continuazione della comunione, deve essere solo tenuto ai debiti; e se si proceda contro gli eredi del premorto, esso deve pagarli per loro.

901. Bisogna vedere adesso come ciascuna delle parti sia tenuta a tali debiti in faccia ai creditori.

Sino a che dura la continuazione della comunione, ed anche sino alla divisione, si può agire contra al superstite per lo totale, come l' abbiamo già detto. Dopo la divisione de' beni della continuazione della comunione, bisogna distinguere i debiti che il superstite stesso ha contratti durante la continuazione della comunione, da quelli della comunione, che sono divenuti debiti della sua continuazione.

Riguardo ai debiti che ha egli stesso contratti durante la continuazione della comunione, ei ne è tenuto pel totale in faccia del creditore; poichè il creditore contrattando con lui ha conosciuto lui solo, *ejus solius fidem secutus est*, il superstite contrattando, senza dire in nome di chi egli contratta, si suppone aver contrattato ed essersi obbligato *proprio nomine.*

Riguardo ai debiti della comunione, che ha esistito tra il superstite ed il premorto, i quali sono divenuti debiti della continuazione della comunione, il superstite ne è tenuto dopo la divisione, sia per lo totale sia per la metà in faccia del creditore, secondo la distinzione, *supra, parte* V, *art.* 1 e 2, come se non vi fosse stata continuazione di comunione; poichè la continuazione della comunione, nella quale i debiti della comunione sono entrati, è una cosa estranea al creditore, che non ha potuto portare alcun cangiamento all' obbligazione del debitore in faccia sua.

902. Gli eredi del premorto sono tenuti verso i creditori ai debiti, che il superstite solo ha contratti durante la continuazione della comunione per la parte che essi vi hanno; e non ne sono tenuti senonchè dopo la divisione de' beni della continuazione della comunione.

La ragione per cui non ne sono tenuti senonchè dopo la divisione dei beni della continuazione della comunione è, che il superstite avendo ei solo contratti questi debiti, i detti eredi non ne sono tenuti direttamente se non verso il superstite, verso il quale essi sono obbligati pel quasi-contratto della continuazione della comunione a portarne la loro parte; non avendo contrattato col creditore, verso lui essi ne sono tenuti soltanto indirettamente, a motivo del regresso che il superstite convenuto pel totale dal creditore avrebbe contro essi per la loro parte del debito. Per evitare questo circuito di azioni, il creditore è ammesso a domandarla loro: i detti eredi adunque non essendo tenuti ai debiti verso del creditore senonchè a motivo del regresso che il superstite avrebbe contro di loro, il quale regresso egli non può avere se non dopo la divisione, e non mai sino a che egli solo è in possesso de' beni della continuazione della comunione, ne viene per conseguenza che essi non sono tenuti ai debiti verso del creditore, senonchè dopo la divisione de' beni della continuazione della comunione.

903. Gli eredi del premorto non sono per verità tenuti personalmente che per la loro parte ne' debiti, che il superstite ha contratti durante la continuazione della comunione: ma allorchè questi debiti sono ipotecarj, ed i detti eredi posseggono qualche immobile della continuazione della comunione caduto nella loro porzione, si può agire contro essi ipotecariamente pel totale de' suddetti debiti, poichè il superstite, come capo e libero amministratore de' beni della continuazione della comunione, ha avuto il diritto d' ipotecarli pe' debiti da esso contratti.

904. Riguardo ai debiti della comunione, che sono divenuti debiti della sua continuazione, gli eredi del premorto ne sono tenuti verso il creditore, sia pel totale sia per la loro parte, secondo le distinzioni che si sono fatte, *supra, part.* V, *art.* 1, e 2, come se non vi fosse stata la continuazione della comunione, ed essi ne sono tenuti anche durante il tempo della continuazione della comunione, salvo il loro regresso contro il superstite per esserne liberati.

905. Rimane ancora una questione, la quale consiste nel sapere, se il privilegio, che lo Statuto accorda alla moglie ed a' suoi eredi di esser tenuti ai debiti della comunione soltanto fino alla concorrenza di ciò ch' essi ne hanno ritratto, abbia parimenti luogo riguardo ai debiti della continuazione della comunione. Allorchè la moglie sia sopravvissuta, essendo continuata la comunione per mancanza d' inventario, egli è evidente ch' essa non può più godere di questo privilegio accordatole dallo Statuto, sotto la condizione espressa di fare l' inventario, come l' abbiam veduto, *supra*, n. 560.

Allorquando sia sopravvissuto il marito, la continuazione della comunione essendo riguardata nello Statuto di Parigi come la stessa comunione, che esisteva tra i due conjugi, e che continua tra il superstite e gli eredi del premorto, come l' abbiamo veduto, *supra*, n. 772, io penso che gli eredi della moglie premorta debbano godere di questo privilegio, e ch' essi debbano esser tenuti tanto ai debiti della comunione, che sono divenuti debiti della sua continuazione, quanto a quelli che il superstite ha contratti durante la continuazione della comunione, soltanto sino alla concorrenza di ciò che hanno ritratto dai beni della comunione e da quelli della sua continuazione: questo è pure il sentimento di Lebrun.

Duplessis va al di là di Lebrun in due punti, rapporto ai debiti contratti dal superstite durante la continuazione della comunione; 1.° egli accorda il privilegio di non esser tenuti *ultra vires*, non solamente agli eredi della moglie premorta, ma anche agli eredi del premorto marito; 2.° egli vuole ch' essi siano tenuti soltanto sino alla concorrenza di ciò ch' essi hanno nei beni della continuazione della comunione solamente, senza che sieno tenuti per la parte ch' essi hanno avuta negli acquisti della comunione.

906. Tale questione è soggetta a maggiore difficoltà nello Statuto di Orleans; la continuazione della comunione essendo in questo Statuto una comunione contratta o fra il superstite

e gli eredi del premorto, diversa da quella che esisteva fra i conjugi, essendo una comunione, che è chiamata continuazione di comunione soltanto perchè succede alla prima, *nullo interposito intervallo*, come abbiamo veduto, *supra*, n. 774, sembra difficile di accordare agli eredi della moglie premorta, che sono stati in continuazione di comunione col superstite, il privilegio di non esser tenuti ai debiti della continuazione della comunione *ultra vires*, tanto riguardo a quelli che il superstite ha contratti durante la continuazione della comunione, come a quelli i quali, essendo debiti della comunione, sono divenuti debiti della sua continuazione; poichè lo Statuto non avendo accordato questo privilegio, che per la comunione, non avendo detto nulla riguardo alla sua continuazione, di cui esso ha trattato in un Titolo separato, è difficile l'estendere alla continuazione della comunione un privilegio, che lo Statuto ha stabilito per la sola comunione, essendo della natura de'privilegj di non poter essere estesi da un caso all' altro.

Si può dire al contrario in favore dell'estensione, che il privilegio accordato alla moglie ed ai suoi eredi di non esser tenuti a'debiti della comunione al di là di ciò che ne ritraggono, essendo fondato sulla ragione che il marito essendo padrone d'incontrare tanti debiti quanti ne vuole, senza il consenso di sua moglie, sarebbe troppo duro che la moglie e gli eredi di lei fossero tenuti al di là di ciò che ritraggono dalla comunione, per questi debiti ch' essi non hanno potuto impedire: il superstite avendo, durante la continuazione della comunione, la stessa libertà di contrarre dei debiti senza il consenso degli eredi del premorto, sembra che la stessa ragione militi in favore di questi; ora, *ubi eadem aequitas, ibi idem jus*.

CAPITOLO II.

Della continuazione della comunione composta.

907. Allorchè il superstite, che è in continuazione di comunione co' suoi figli eredi del premorto, prende una seconda moglie colla quale contrae comunione di beni, contraendo questa comunione egli l'associa a quella nella quale si trova co'figli del suo primo matrimonio; queste due comunioni, cioè quella che ha co' figli del suo primo matrimonio e quella ch'ei contrae colla sua seconda moglie, si riuniscono e formano, in quanto alle cose ed ai pesi, che sono tanto dell' una quanto dell'altra comunione, una comunione composta, che noi chiameremo *tripartita*, perchè è una comunione in tre parti fra tre capi, cioè il superstite, i figli del primo matrimonio, e la seconda moglie.

Egli è lo stesso quando una vedova, che è in continuazione di comunione co' suoi figli, passa a seconde nozze con un uomo col quale contrae comunione.

Osservate che le due comunioni, che si riuniscono per formare la comunione tripartita, non lasciano, non ostante questa riunione, di conservare il loro essere proprio, e la loro natura particolare.

Se la donna colla quale si è rimaritato il superstite, che è in continuazione di comunione co'suoi figli, era essa stessa in continuazione di comunione co'figli di un suo primo matrimonio, si formerebbe, per l'unione di queste differenti comunioni, una comunione in quattro, o *quadripartita*, fra quattro capi, cioè il superstite, i figli del suo primo matrimonio, la sua seconda moglie, ed i figli del primo matrimonio della sua seconda moglie.

La comunione può ancora formarsi tra un maggior numero di capi, allorchè i conjugi, che si rimaritano, fossero vedovi di più mogli o di più mariti, co' figli di ciascuno de'quali essi fossero in continuazione di comunione.

908. Ciò che abbiamo detto sin ora,

che il superstite rimaritandosi con una seconda moglie, con la quale contrae comunione, l' associa a quella nella quale egli è co'suoi figli, sembra contrario alla regola di diritto che è stabilita nella legge 47, § *fin. ff. de Reg. Jur. Socii mei socius, meus socius non est*. Secondo questa regola il mio socio contraendo una società con un terzo, non può associare questo terzo alla nostra società, e farlo divenir mio socio; egli non può associarlo che alla sua parte nella nostra società.

La risposta a questa obbiezione si è, che questa regola di diritto ha luogo soltanto nelle società ordinarie; in tali società, ciascun socio non avendo diritto di disporre senza il consenso dell'altro, se non della parte ch'egli ha nella società; *l.* 68, ff. *pro soc.*, il mio socio, contraendo società con un terzo, non può associarlo che alla parte, ch'egli ha nella nostra società; ma non può associarlo alla mia, della quale non ha diritto di disporre, egli non può per conseguenza, senza il mio consenso, farlo divenire mio socio. Su questo principio è fondata la regola di diritto: *Socii mei socius, meus socius non est*. Ma questa regola non può applicarsi alla continuazione della comunione, che esiste tra il superstite ed i suoi figli, poichè questa è una specie di società particolare, di cui il superstite, che ne è il capo, ha solo la libera disposizione senza il consenso de' suoi figli, tanto per la loro parte che per la sua; e perciò quand' egli contrae comunione con un terzo, egli l'associa alla comunione nella quale egli è co'suoi figli, tanto per la loro parte quanto per la sua.

Noi vedremo relativamente alla comunione tripartita, 1. quali sieno le cose che la compongono; 2. quali ne sieno i pesi; 4. chi ne sia il capo, e quale sia il suo potere; 4. come ella si sciolga, e quali sieno gli effetti del suo scioglimento; 5. della rinunzia alla comunione; 6. della divisione di questa comunione, e de'prelevamenti e collazioni che vi si fanno; 7. come ciascuno sia tenuto ai debiti della detta comunione. Ciò formerà la materia di sette sezioni: noi ve ne aggiungeremo un'ottava sopra un caso particolare, nel quale si tratta di sapere, se i figli sieno ammissibili a domandare la comunione per terzo alla loro matrigna.

Tutto ciò che noi diremo in questo capitolo sulla comunione tripartita, può applicarsi a quelle che sono composte d'un maggior numero di capi.

SEZIONE PRIMA.

Delle cose di cui è composta la comunione tripartita.

909. Si può stabilire come principio generale, che la comunione tripartita è composta delle cose che entrano tanto nell' una che nell' altra comunione che la compongono; vale a dire delle cose che entrano tanto nella comunione conjugale quanto in quella del superstite co' suoi figli: le cose ch'entrano soltanto in una tale comunione non sono della comunione tripartita.

910. *Corollario I.* Tutte le cose che sono della comunione del superstite co'suoi figli, che il superstite, secondo il diritto ch' egli vi ha, *supra*, n. 853, fa entrare nella comunione ch'ei contrae colla sua seconda moglie, sono della comunione tripartita.

Secondo questo corollario, il mobiliare, che è della comunione del superstite co' suoi figli, cadendo nella comunione, che il superstite contrae colla sua seconda moglie, e trovandosi per conseguenza esser di due comunioni, è della comunione tripartita.

In questo mobiliare della continuazione della comunione, sono compresi i crediti mobiliari che questa ha non solamente contro ai terzi, ma ancora quelli che ha contro al superstite, o contro a'suoi figli, i quali crediti divengono crediti della comunione tripartita.

Se per una clausola del contratto del secondo matrimonio, questo mobiliare dovesse entrare nella comunione conjugale con la seconda moglie soltanto sino alla concorrenza d'una certa somma, non entrerebbe nella comunione tripartita che sino alla concorrenza di tale somma; il di più essendo con questa clausola escluso dalla comunione conjugale, è per conseguenza egualmente escluso dalla comunione tripartita, e rimane comune solamente tra il superstite ed i suoi figli.

Riguardo al mobiliare, che il superstite avesse realizzato riservandoselo proprio con una clausola del contratto del suo primo matrimonio, egli entra bensì nella comunione conjugale, che il superstite contrae colla seconda sua moglie; ma non appartenendo alla comunione del superstite co' suoi figli, nella quale è entrato colla condizione, che il superstite lo riprenderebbe, non può, secondo i nostri principj, essere della comunione tripartita.

A più forte ragione non vi entra il mobiliare realizzato dal premorto, perchè non è nè dell' una nè dell'altra delle due comunioni; esso non appartiene alla comunione del superstite coi suoi figli nella quale è entrato soltanto colla condizione, che i figli lo riprenderebbero; e non appartiene neppure alla comunione conjugale, in cui il superstite, che non ha il diritto di disporne, non ha potuto farlo entrare.

I coacquisti della continuazione della comunione, acquistati dal superstite nel tempo intermedio tra la morte del predefunto ed il secondo matrimonio, non sono della comunione tripartita; poichè sono comuni soltanto tra il superstite ed i suoi figli: essi non entrano nella comunione conjugale, che il superstite ha contratta colla sua seconda moglie.

Ma se il superstite, con una clausola del contratto del suo secondo matrimonio, avesse mobilizzato questi coacquisti, essi sarebbero della comunione tripartita; poichè il marito facendoli entrare, colla clausola di mobilizzazione, nella comunione conjugale, ch' ei contrae colla sua seconda moglie, come ne ha il diritto, *supra*, n. 853, essi si trovano appartenere all' una ed all'altra comunione.

Non sarebbe così de' beni proprj del superstite, che avesse mobilizzati nel contratto del suo secondo matrimonio; divenendo per questa mobilizzazione comuni soltanto tra il superstite e la seconda moglie, essendo soltanto della comunione conjugale del superstite colla sua seconda moglie, non essendo di quella del superstite co' suoi figli, essi non possono, secondo il nostro principio, essere della comunione tripartita.

Noi intendiamo per beni proprj del superstite, anche i coacquisti della comunione, che esisteva tra il superstite ed il premorto, per quella parte, che appartiene al superstite; poichè questi coacquisti non entrando nella continuazione della comunione, come l'abbiamo veduto, *supra*, n. 820, sono beni proprj della continuazione della comunione.

Finalmente, tutte le rendite, tanto de' beni del superstite presenti e futuri, quanto di quelli della successione del premorto, a contare dal giorno del secondo matrimonio, sino a che le due comunioni durano, sono della comunione tripartita; poichè esse cominciano da questo giorno ad entrare nella comunione conjugale del superstite colla sua seconda moglie, e ad essere per conseguenza dell'una e dell' altra comunione, di cui la comunione tripartita è composta.

911. *Corollario II.* Tutte le cose, che la seconda moglie fa entrare nella comunione conjugale, che il superstite contrae con essa, sono della comunione tripartita, poichè esse sono delle due comunioni: queste cose essendo poste dalla seconda moglie nella comunione conjugale, che ha luogo tra lei ed il superstite, divengono nello stesso tempo beni della comunione esistente tra il superstite ed i suoi figli, nella quale cade tutto ciò, che il superstite acquista mentre essa dura; e nella quale cadono per conseguenza tutte le cose, ch'egli acquista dalla sua seconda moglie pel contratto di comunione stipulato con essa.

Secondo questo corollario, tutto il mobiliare, che la seconda moglie aveva in tempo del secondo matrimonio, è della comunione tripartita, poichè entrando nella comunione conjugale, entra anche in quella del superstite co' figli.

Ma se per una clausola del contratto del secondo matrimonio, esso fosse stato posto nella comunione soltanto sino alla concorrenza di una certa somma, sino a tale concorrenza sarebbe della comunione tripartita, non essendo pel di più nè dell'una nè dell' altra delle comunioni, che la compongono.

Secondo questo corollario gl' immobili, che la seconda moglie ha mo-

bilizzati col suo contratto di matrimonio, sono parimenti della comunione tripartita, poichè sono delle due comunioni: il superstite acquistandoli a titolo di comunione, gli acquista in favore della comunione, ch' egli ha coi suoi figli.

Le rendite di tutti i beni della moglie presenti e futuri, cadendo nella comunione conjugale dal giorno del secondo matrimonio, cadono egualmente in quella del superstite co' suoi figli, e sono della comunione tripartita.

Parimenti tutte le cose, che pervengono alla seconda moglie mentre durano le due comunioni, e che cadono nella comunione conjugale, sia per diritto comune sia per qualche clausola di mobilizzazione, cadendo ancora, per le cagioni qui sopra indicate, nella comunione del superstite e de'suoi figli, sono della comunione tripartita.

Anzi, nello Statuto di Orleans, le cose che pervengono alla seconda moglie per successione o donazione, e che sono cadute nella comunione conjugale, cadono egualmente in quella del superstite co' suoi figli, e sono per conseguenza della comunione tripartita. Lo Statuto di Orleans esclude per verità dalla comunione, che esiste tra il superstite ed i suoi figli, le cose che pervengono al superstite a titolo di successione, donazione, o legato, come l' abbiam veduto *supra*, n. 880 *e seg.*; ma le cose pervenute a questo titolo alla seconda moglie non ne sono perciò escluse; poichè il superstite acquista dalla seconda moglie queste cose, in virtù del titolo della comunione, che ha con essa contratto, il qual titolo di comunione è un titolo di commercio; e tutto ciò, che il superstite acquista a titolo di commercio, l'acquista a favore della comunione in cui è co' suoi figli.

912. *Corollario III.* Tutte le cose, che il superstite acquista dopo il secondo matrimonio, e che entrano nelle due comunione, sono della comunione tripartita.

Secondo questo corollario, tutte le cose, che il superstite acquista a titolo di commercio dopo il secondo matrimonio, mentre durano le due comunioni, sono della comunione tripartita, poichè esse entrano nelle due comunioni.

913. Egualmente, secondo questo corollario, tutto il mobiliare, che perviene al superstite a qualunque titolo si sia, dopo il secondo matrimonio, sintantochè durano le due comunioni, è della comunione tripartita, secondo lo Statuto di Parigi, poichè esso cade nelle due comunioni.

Si eccettui ciò, che fosse stato realizzato con una clausola del contratto del secondo matrimonio, la quale riservasse proprio ciò, che pervenisse alle parti per successione, donazione o legato. Il mobiliare, che pervenisse durante il secondo matrimonio al superstite per uno di questi titoli, non sarebbe della comunione tripartita; poichè essendo escluso per la clausola di realizzazione dalla comunione conjugale, è comune soltanto tra il superstite ed i suoi figli.

Nello Statuto di Orleans il mobiliare pervenuto al superstite per successione, donazione o legato, non è della comunione tripartita, poichè egli entra bensì nella comunione esistente tra il superstite e la seconda moglie; ma questo Statuto, *art.* 217, l'esclude dalla comunione esistente tra il superstite ed i suoi figli.

914. Nello Statuto di Parigi, anche gl'immobili, che sono donati o legati al superstite dopo il suo secondo matrimonio, mentre durano le due comunioni, sono della comunione tripartita, poichè secondo questo Statuto entrano nelle due comunioni.

Ben inteso però, che queste donazioni o legati non gli sieno stati fatti da' suoi genitori o altro ascendente, poichè in questo caso non entrano nè nell'una nè nell'altra comunione; come pure riguardo a quelli fatti dai collaterali o dagli estranei, purchè non esista qualche clausola colla quale si sieno riservati come beni proprj, sia nel contratto del secondo matrimonio, sia nell'atto di donazione, la quale gli escluda dall' una e dall'altra comunione.

Nello Statuto di Orleans gl' immobili al pari de'mobili donati o legati al superstite da qualunque siasi persona, non entrando nella comunione

del superstite co' suoi figli, come si è già detto, non possono essere della comunione tripartita.

915. Gl'immobili pervenuti per successione al superstite dopo il suo secondo matrimonio, non possono essere della comunione tripartita, quand'anche fossevi nel contratto del secondo matrimonio una clausola, la quale portasse, che le successioni sarebbero comuni; poichè questa clausola fa bensì entrare questi immobili nella comunione del superstite colla sua seconda moglie, ma non in quella del superstite co'suoi figli, e per conseguenza non sono della comunione tripartita.

916. Si debbono comprendere tra i beni della comunione tripartita, non solo i crediti, che questa ha contro de' terzi, ma eziandio quelli ch' essa ha contro la seconda moglie o contro i figli, o contro il superstite, per ciò che ciascuna delle dette parti abbia preso dalla detta comunione, sia pel pagamento de' suoi debiti proprj, sia per spese fatte su i fondi proprj oltre a quelle di semplice manutenzione, sia per qualunque altro affare, che fosse a lei particolare, e di cui essa sola avesse raccolto il profitto.

SEZIONE II.

Dei pesi della comunione tripartita.

917. I pesi della comunione tripartita sono quelli, che sono a carico tanto dell' una quanto dell' altra comunione di cui essa è composta.

Corollario I. Tutti i debiti mobiliari della continuazione della comunione del superstite co' suoi figli, sono debiti della comunione tripartita.

La ragione si è, che il superstite, associando la sua seconda moglie, per la comunione, ch' ei contrae con essa, a tutti i beni mobiliari della sua comunione co'suoi figli, egli la rende del pari partecipe di tutti i debiti mobiliari di tale comunione. Questi debiti essendo un peso de' detti beni, *quum bona non intelligantur nisi deducto aere alieno*, essi entrano co'detti beni nella comunione, che il superstite contrae colla sua seconda moglie; ed essendo debiti dell'una e dell'altra comunione, essi sono, secondo il nostro principio, debiti della comunione tripartita.

918. Questi debiti mobiliari della comunione del superstite co' suoi figli, i quali entrano nella comunione conjugale colla seconda moglie, e per conseguenza nella comunione tripartita, sono non solamente quelli di cui la detta comunione del superstite coi suoi figli è debitrice verso de' terzi, ma anche quelli di cui essa è debitrice o verso de' figli, o verso del superstite, per le loro riprese, reimpieghi de' beni proprj, ec., anche per l' anteparte convenuta nel contratto del primo matrimonio, di cui la detta comunione fosse debitrice verso il superstite.

919. Le rendite dovute dalla comunione del superstite co' suoi figli, non cadono in quella ch' ei contrae colla sua seconda moglie, cadendovi il solo mobiliare rispettivo delle parti, tanto attivo che passivo; esse non sono dunque debiti della comunione tripartita.

Se però il superstite, nel contratto del suo secondo matrimonio, avesse stipulato colla sua seconda moglie una comunione di tutti i suoi beni, tutti i beni, tanto immobili che mobili, della continuazione della comunione coi suoi figli, entrando in questo caso nella comunione conjugale, tutti i debiti di questa continuazione, tanto le rendite che i debiti mobiliari, debbono egualmente entrarvi; ed essi sono per conseguenza, in questo caso, debiti della comunione tripartita.

920. Il principio, che noi abbiamo stabilito con questo corollario, che i debiti mobiliari della comunione del superstite sono debiti della comunione tripartita, soffre un'eccezione nel caso in cui il contratto di matrimonio colla seconda moglie porti una separazione di debiti, sia espressa sia tacita, poichè essendo con questa clausola esclusi dalla comunione conjugale, essendo debiti soltanto della comunione, che esiste tra il superstite ed i suoi figli, non possono esser debiti della comunione tripartita.

921. I debiti mobiliari del superstite, che gli sono proprj, e che non sono debiti della sua comunione coi

suoi figli (su di che vedete la sezione V, del capitolo precedente) entrano bensì nella comunione conjugale colla seconda moglie, se non vi ha clausola di separazione di debiti; ma essi non sono debiti della comunione tripartita, essendolo soltanto di una delle comunioni di cui essa è composta.

A più forte ragione, i debiti che sono proprj de'figli, non sono debiti della comunione tripartita, poichè essi non lo sono nè dell'una nè dell'altra comunione.

922. *Corollario II.* Tutti i debiti mobiliari della seconda moglie, che cadono nella comunione conjugale contratta da essa col superstite, sono debiti della comunione tripartita.

La ragione si è, che tutti i beni conferiti dalla seconda moglie nella comunione conjugale, entrando in quella del superstite co'suoi figli, come l'abbiamo veduto nella sezione precedente, n. 910, i debiti mobiliari della seconda moglie, che sono un peso de'detti beni, debbono entrarvi del pari, *quum bona non intelligantur nisi deducto aere alieno.* Questi debiti essendo adunque debiti della una e dell'altra comunione, sono debiti della comunione tripartita.

923. Le rendite dovute dalla seconda moglie, non entrando nella comunione conjugale, non entrano parimenti in quella del superstite coi suoi figli; e non essendo debiti nè dell'una nè dell'altra comunione, non possono esser debiti della comunione tripartita.

Ma se pel contratto del secondo matrimonio, vi fosse comunione di tutti i beni, tutti i beni della seconda moglie, tanto mobili che immobili, entrando in questo caso tanto nella comunione conjugale che in quella del superstite co'suoi figli, tutti i debiti della seconda moglie, le rendite, come i debiti mobiliari, debbono egualmente entrarvi; ed essendo in questo caso debiti delle due comunioni, sono debiti della comunione tripartita.

Al contrario, allorchè pel contratto del secondo matrimonio avvi separazione di debiti, sia espressa sia tacita, i debiti della seconda moglie non possono esser debiti della comunione tripartita, poichè essi non lo sono nè dell'una nè dell'altra comunione di cui essa è composta.

924. *Corollario III.* Tutti i debiti contratti dall'uomo superstite, in tutto il tempo che dura la comunione tripartita, sono debiti di questa comunione; poichè essendo il capo delle due comunioni di cui essa è composta, egli obbliga l'una e l'altra ai debiti che contrae; e per conseguenza ne è tenuta la comunione tripartita.

Questo corollario soffre eccezione riguardo a'debiti a'quali egli non può obbligare la sua comunione conjugale: su di che vedete *supra*, n. 251, *e seg.*, e riguardo a quelli a'quali non può obbligare la comunione, che egli ha co'suoi figli: su di che vedete *supra*, n. 844, *e seg.*

Tra i debiti che contrae la comunione tripartita sintanto che essa dura, debbonsi comprendere non solo quelli ch'essa contrae verso de'terzi, ma egualmente quelli ch'essa contrae sia verso la seconda moglie sia verso il superstite, *puta*, pel compenso del prezzo de'loro beni proprj alienati durante la comunione tripartita, nella quale è entrato tal prezzo.

925. I crediti, tanto della seconda moglie che del superstite e de'suoi figli, per la ripresa del loro mobiliare, stipulato proprio nel contratto del secondo matrimonio, e per l'anteparte di tale matrimonio, sono egualmente debiti della comunione tripartita.

926. Oltre ai debiti di cui la comunione tripartita è tenuta, essa è tenuta ancora alla manutenzione di tutti i fondi di cui percepisce le rendite, tanto di quelli del superstite, come di quelli della successione del premorto e di quelli della seconda moglie, *supra*, n. 910, e 911; poichè le spese di questa manutenzione sono un peso del godimento, ch'essa ne ha.

La comunione tripartita è ancora tenuta agli alimenti, tanto del superstite quanto della seconda moglie, e dei figli, sia del primo sia del secondo matrimonio, e delle spese della loro educazione.

Infine, debbonsi comprendere tra i pesi della comunione tripartita, le

spese di divisione de' beni della detta comunione, dell' inventario, e degli altri atti necessarj per pervenire alla detta divisione.

Tutto ciò che abbiam detto in questa sezione e nella precedente, delle cose che entrano nella comunione tripartita, e dei pesi di essa, può applicarsi alle altre comunioni, composte di un più gran numero di capi: le cose, che entrano nella comunione composta, sono quelle che appartengono a tutte le comunioni di cui essa si compone; ed i suoi pesi sono quelli cui sono tenute tutte le dette comunioni.

SEZIONE III.

Chi sia il capo della comunione tripartita.

927. Allorchè l' uomo, essendo in continuazione di comunione co' figli del suo primo matrimonio, contrae una comunione di beni con una seconda moglie ch' egli sposa, essendo egli il capo, tanto della comunione ch'egli ha co' suoi figli quanto della comunione conjugale, che ha contratta colla sua seconda moglie, non può esservi difficoltà alcuna ch'egli sia il capo della comunione tripartita, la quale è formata dall'unione di queste due comunioni.

928. Allorchè è la donna quella che, essendo in continuazione di comunione co' suoi figli, abbia contratto comunione col suo secondo marito, questo secondo marito è il capo della comunione tripartita; egli lo è per se stesso della comunione conjugale, e la donna unendo alla comunione conjugale la comunione che aveva coi suoi figli, perde, sino a tanto che dura quest'unione, la qualità ch'essa aveva di capo di una tale comunione, e la trasferisce al secondo marito, capo della comunione conjugale.

929. Il capo della comunione tripartita non ha, riguardo ai figli, che sono una delle parti in questa comunione, lo stesso potere sui beni della comunione stessa, ch' egli vi ha riguardo alla moglie: egli vi ha, riguardo alla moglie, il potere di un padrone assoluto, come noi abbiamo veduto essere il potere del marito su i beni della comunione conjugale, *supra, parte* II; ma a riguardo de' figli il capo della comunione tripartita non ha che il potere di un libero amministratore, come è quello del superstite su i beni della continuazione della comunione co' suoi figli, come l'abbiam veduto nel capitolo precedente, *sez.* 6.

Ciò ha luogo, tanto se il capo della comunione tripartita sia l'uomo, che si è rimaritato, poichè egli non ha potuto rimaritandosi aumentare a riguardo de' suoi figli il suo potere su i beni della continuazione della comunione esistente tra essi e lui, quanto se sia il secondo marito della donna, che s' è rimaritata, poichè essa non ha potuto, trasferendo al suo secondo marito la sua qualità di capo della comunione esistente tra lei ed i suoi figli, trasferirgli un potere maggiore di quello, che aveva ella stessa.

Questa differenza del potere, che ha il capo della comunione tripartita in faccia alla moglie ed in faccia ai figli, è rimarcabile nel caso in cui il capo della comunione tripartita avesse disposto delle cose di questa comunione verso degli estranei per donazione tra vivi; poichè una tale donazione sarebbe valevole in faccia della donna, la quale non potrebbe pretenderne compenso alcuno, essendo il potere del capo della comunione tripartita su i beni di questa comunione in faccia alla moglie, come il potere di un padrone assoluto, come quello di un marito su i beni della comunione conjugale, che gli dà il diritto di disporne a questo titolo, *supra*, n. 471. Ma questa donazione non sarebbe valida in faccia ai figli, a' quali sarebbe dovuto il compenso del loro terzo nelle cose donate, avendo il capo della comunione tripartita su i beni della detta comunione, riguardo ai figli, il solo potere di un libero amministratore, che non gli dà il diritto di disporne per donazione tra vivi.

SEZIONE IV.

Dello scioglimento della comunione tripartita.

930. Egli è evidente, che la comunione tripartita si scioglie con la dissoluzione dell'una o dell'altra delle comunioni di cui essa è composta: poichè non può esservi più comunione tripartita e composta, quando ne resti una sola.

Ma lo scioglimento dell'una delle due comunioni, che s'erano riunite per formare la comunione tripartita, non trae con sè lo scioglimento dell'altra. Per esempio, allorchè il superstite, vivendo la sua seconda moglie, o il suo secondo marito, scioglie con un inventario la continuazione della comunione co'suoi figli, la comunione conjugale colla seconda moglie, o col secondo marito, continua a sussistere.

Viceversa, allorchè la comunione conjugale è stata disciolta colla morte della seconda moglie o del secondo marito, o per una sentenza di separazione, se l'inventario fatto in esecuzione dello scioglimento della comunione non è stato fatto co'figli, la continuazione della comunione del superstite co'detti figli continua a sussistere, e la donna superstite riprende la qualità di capo di questa comunione, ch'essa aveva perduta contraendo la comunione col suo secondo marito.

La morte del superstite scioglie le due comunioni.

SEZIONE V.

Della rinunzia alla comunione tripartita.

§ 1. *Del caso in cui sia il marito superstite quegli, che è passato a seconde nozze.*

931. In qualunque modo accada lo scioglimento della comunione tripartita, che v'è tra l'uomo superstite, la seconda moglie, ed i suoi figli del primo matrimonio, l'uomo superstite non può rinunziare nè all'una nè all'altra delle comunioni di cui essa è composta.

932. Allorchè lo scioglimento della comunione tripartita accade per la dissoluzione di quella, che esisteva tra il superstite ed i suoi figli, la seconda moglie non può parimenti, sino a che dura la comunione conjugale, rinunziare nè all'una nè all'altra delle comunioni, che componevano la comunione tripartita.

933. I figli rinunziando alla continuazione della comunione, che esisteva tra il loro padre ed essi, rinunziano egualmente alla parte, ch'essi avrebbero potuto pretendere nella comunione conjugale del loro padre colla sua seconda moglie, alla quale essi potevano aver diritto soltanto per la comunione col loro padre, a cui hanno rinunziato.

Ma sino a che i detti figli non rinunziano alla comunione, che esisteva tra il loro padre ed essi, non possono rinunziare neppure alla comunione conjugale, alla quale il padre ha diritto di unire la comunione, che aveva con essi, tanto per la loro parte come per la sua, senza aver bisogno del loro consenso. Non basterebbe ai figli, per poter rinunciare alla parte, ch'essi hanno nella comunione conjugale ed esonerarsi da' debiti della detta comunione, che essi dichiarassero di rinunziare alla comunione col loro padre pel tempo ch'essa ha durato dopo il di lui secondo matrimonio; poichè la comunione col loro padre essendo la stessa comunione, così prima come dopo il secondo matrimonio, non possono rinunziarvi pel tempo soltanto ch'essa ha durato dopo il secondo matrimonio; essi non possono rinunziarvi, senonchè rinunziandovi pel tempo ch'essa ha durato dopo la morte della loro madre predefunta, tanto prima quanto dopo il secondo matrimonio del loro padre. Vedete *infra*.

934. Secondo lo Statuto di Orleans, il quale non permette ai figli o altri eredi del premorto, che sieno maggiori al tempo della morte del predefunto, di rinunziare alla continuazione della comunione col superstite, questi non possono dal lato loro rinunziare nè all'una nè all'altra delle

comunioni, di cui la comunione tripartita era composta.

935. L'effetto della rinunzia de' figli alla loro comunione col superstite è, che i beni di questa comunione, i quali erano entrati nella comunione tripartita, sono comuni solamente all' uomo superstite ed alla sua seconda moglie, che vi hanno per ciascuno una metà, col peso di rendere il conto dovuto ai detti figli de' beni della successione della loro madre premorta. Se però nel contratto del secondo matrimonio si fosse stipulata una separazione di debiti, la seconda moglie non sarebbe tenuta a tal conto, senonchè per l' amministrazione fatta dopo il secondo matrimonio; l' uomo superstite sarebbe solo tenuto a render conto di quella tenuta da prima.

936. Allorchè i figli accettano la comunione, che ha esistito tra il superstite ed essi, questa comunione ha esistito sino al tempo dello scioglimento, e per conseguenza la comunione tripartita ha anche esistito sino ad un tal tempo; e dopo tale scioglimento resta una massa indivisa di beni di questa comunione tripartita da dividersi fra i tre capi, che vi hanno parte; ma allorchè i figli rinunziano alla comunione, che avevano diritto di dimandare al superstite, questa comunione si reputa non aver giammai esistito, e per conseguenza neppure la triparita.

937. Succedendo lo scioglimento della comunione conjugale, la seconda moglie può rinunziarvi, e la sua rinunzia a questa comunione rinchiude necessariamente la sua rinunzia anche alla parte, ch' essa avrebbe potuto pretendere, se l' avesse accettata, nella comunione di suo marito co' di lui figli, non potendo avervi diritto, che per la comunione conjugale alla quale essa ha rinunziato.

L' effetto di questa rinunzia della seconda moglie alla comunione conjugale, si è, che non avendo avuto luogo tale comunione, non vi è stata comunione tripartita, e que' beni della comunione del superstite, che vi sarebbero entrati, non sono comuni che tra l' uomo superstite ed i suoi figli, i quali vi hanno per ciascuno una metà.

§ 2. *Del caso in cui la donna sia quella che si è rimaritata.*

938. In qualunque maniera sia accaduto lo scioglimento della comunione tripartita, che esisteva tra la donna superstite, i suoi figli, ed il suo secondo marito, il secondo marito che ne era il capo, non può rinunziare nè all' una nè all' altra delle comunioni di cui essa era composta.

939. La donna non può nè anche rinunziare nè all' una nè all' altra; sinchè dura la comunione conjugale.

Ma dopo lo scioglimento della comunione conjugale, essa può rinunziarvi, e rinunziandovi vi rinunzia tanto per lei quanto pe' suoi figli; poichè nello stesso modo che nella qualità ch' essa aveva di capo e di libera amministratrice della sua comunione co' figli, ha potuto contrarre tanto per essa come pe' figli una nuova comunione col suo secondo marito, senza aver bisogno del consenso de' figli, ella può egualmente rinunziarvi tanto per essa quanto pe' figli, senza aver bisogno del loro consenso, nella stessa qualità di capo e di libera amministratrice della comunione esistente tra essa ed i suoi figli, qualità ch' essa riprende dopo lo scioglimento della comunione conjugale: questa rinunzia, ch' essa fa alla comunione conjugale, che si reputa aver contratta tanto per lei quanto pe' suoi figli, essendo un atto, che fa parte dell' amministrazione, ch' essa ha dei diritti della comunione esistente tra lei ed i suoi figli, non può essere da questi disapprovato.

Se la comunione col secondo marito fosse una comunione manifestamente opulenta, alla quale apparisse, che la moglie non abbia rinunziato, che per favorire i figli del suo secondo matrimonio, i figli del primo matrimonio venendo in seguito con essi alla successione della madre comune, potrebbero essi pretendere che il vantaggio ridondato ai figli di secondo letto da questa rinunzia, sia un vantaggio indiretto fatto loro dalla madre, e suggetto a collazione? Noi riserbiamo questa questione pel *Trattato delle successioni.*

940. L' effetto di questa rinunzia della moglie alla comunione conjugale si è, che i beni della comunione esistente tra essa ed i suoi figli, che gli aveva fatti entrare nella comunione conjugale, tanto per la parte de' suoi figli, come per la sua, appartengono per questa rinunzia soltanto al secondo marito, a meno che con una clausola del contratto del secondo matrimonio essa non ne avesse stipulato la ripresa in caso di rinunzia: nel quale caso essa esercita questa ripresa tanto per lei, quanto pei suoi figli, co'quali è in continuazione di comunione.

941. Siccome i figli, che sono in continuazione di comunione con la loro madre superstite, non possono, dopo lo scioglimento della comunione conjugale, disapprovare la rinuncia che ha giudicato opportuno di fare la loro madre, come abbiamo detto; egualmente, allorchè la madre loro giudica a proposito di accettare la comunione conjugale, essi non possono disapprovvare l' accettazione, ch' essa ne ha fatto: essa l' accetta tanto per loro come per sè, e gli obbliga a questa comunione conjugale, senza che possano esserne discaricati senonchè rinunziando interamente alla comunione, che è continuata tra la loro madre superstite ed essi, per tutto il tempo, che ha durato; nel qual caso essi non hanno più parte alcuna nella comunione conjugale,non potendone avere, che per la loro comunione col superstite, alla quale essi hanno rinunziato.

SEZIONE VI.

Della divisione de' beni della comunione tripartita; de' prelevamenti, delle collazioni, che si fanno a questa divisione.

942. Dopo lo scioglimento della comunione tripartita, la divisione de'beni della detta comunione deve farsi per terzo tra le tre parti, che vi hanno diritto, cioè: 1. Il superstite, o la superstite, che è o era in continuazione di comunione co' suoi figli eredi del premorto; 2. I detti figli; 3. La seconda moglie o il secondo marito.

Per pervenirvi bisogna fare uno stato de' crediti, che ciascuna delle dette tre parti ha contro la comunione tripartita, ed uno stato de' debiti di cui ciascuna delle dette tre parti è debitrice verso la detta comunione.

I crediti, che ha ciascuna delle parti contro la comunione, danno luogo a delle prededuzioni. I debiti delle dette parti danno luogo a delle collazioni.

943. Il superstite che, essendo in continuazione di comunione co' suoi figli, si è rimaritato, può avere contro la comunione tripartita de' crediti di tre specie, cioè: 1.° de' crediti che sono a lui particolari; 2.° de' crediti, che sono comuni a lui ed a' suoi figli, come dipendenti dalla comunione tra essi esistente; 3.° de' crediti, che sono comuni a lui ed alla sua seconda moglie, o al suo secondo marito; come dipendenti dalla loro comunione conjugale.

Un credito del superstite, che è a lui particolare, è quello ch' egli ha per la ripresa del prezzo de' suoi beni proprj alienati durante la comunione tripartita, il prezzo de' quali è entrato nella detta comunione.

944. I crediti del superstite, che gli sono comuni co' suoi figli, come dipendenti dalla continuazione di comunione, che esiste tra essi, sono: 1. Il credito per la ripresa del mobiliare dipendente dalla continuazione della comunione, che sia stato realizzato e riservato proprio nel contratto del secondo matrimonio: 2.° la ripresa del prezzo de' coacquisti della continuazione della comunione fatti prima del secondo matrimonio, i quali sono stati alienati durante la comunione tripartita, ed il prezzo de' quali sia entrato in tale comunione: 3.° Il credito della anteparte stipulata nel contratto del secondo matrimonio, allorchè il superstite ha sopravvissuto alla seconda moglie o al secondo marito,è parimenti un credito dipendente dalla comunione del superstite co' suoi figli; poichè questo credito essendo un diritto ch' egli ha acquistato mentre una tal comunione durava, pel contratto ch' egli ha fatto colla sua seconda moglie, o col suo secondo marito, egli ha acquistato questo diritto in favore della comunione, ch' egli ha co' suoi figli, per la quale egli acquista tutto

ciò, che acquista mentre essa dura, specialmente a titolo di commercio, quale è appunto il titolo delle convenzioni matrimoniali.

945. I crediti, che aveva il superstite contro la comunione co' suoi figli, sia per la ripresa del suo mobiliare realizzato col contratto del suo primo matrimonio, sia pel reimpiego del prezzo de' suoi beni proprj alienati durante il suo primo matrimonio, o durante la sua vedovanza, sono crediti ch' egli ha contro la comunione tripartita, i quali sono comuni a lui ed alla sua seconda moglie, o al suo secondo marito come dipendenti dalla loro comunione conjugale.

A tali crediti è tenuta la comunione tripartita; poichè tutti i debiti della comunione del superstite co' suoi figli, diventano, per la comunione conjugale nella quale essi entrano, debiti della comunione tripartita, come l'abbiam veduto *supra*, n. 918, purchè non vi sia, pel contratto del secondo matrimonio, una separazione di debiti; poichè in questo caso, la comunione conjugale non essendone tenuta, essi non sarebbero crediti contro la comunione tripartita, la quale non è debitrice, che dei debiti, che sono comuni ad ambedue le comunioni, *supra*, n. 917; essi sarebbero in questo caso crediti soltanto contro la comunione particolare del superstite e de' suoi figli.

Questi crediti sono comuni al superstite ed alla sua seconda moglie, o al suo secondo marito; poichè il superstite ha portato nella comunione conjugale del suo secondo matrimonio tutto il suo mobiliare, tanto quello che dipendeva dalla sua comunione co' suoi figli, quanto quello, che gli era proprio; e per conseguenza vi ha portato i detti crediti, i quali sono crediti mobiliari.

Se però nel contratto del secondo matrimonio, vi fosse una clausola generale di realizzazione del mobiliare del superstite, nel quale i detti crediti si trovassero compresi, essi sarebbero crediti del superstite contro la comunione tripartita, e sarebbero particolari al superstite stesso.

946. Riguardo alla anteparte del primo matrimonio, è questa pure un credito, che ha il superstite contro la comunione tripartita, la quale è tenuta a tutti i debiti mobiliari cui è tenuta quella, che esiste tra il superstite ed i suoi figli, se non avvi una clausola di separazione di debiti nel contratto del secondo matrimonio, come l' abbiam veduto *supra*, n. 918. Il superstite preleverà adunque questa anteparte sulla massa della comunione tripartita, ma questa anteparte essendo un guadagno del primo matrimonio, egli è obbligato pel secondo capo dell' editto delle seconde nozze, di conservarlo dopo la sua morte ai figli del suo primo matrimonio, come noi lo abbiam veduto nel nostro *Trattato del Matrimonio, part.* VII.

947. I debiti, di cui il superstite è debitore verso la comunione tripartita, possono anche essere di tre specie. Ve ne hanno di quelli de' quali egli è solo debitore; degli altri di cui è debitore unitamente a' suoi figli; ed altri di cui è debitore unitamente colla sua seconda moglie, o col suo secondo marito, come dipendenti dalla comunione conjugale colla seconda moglie, o col secondo marito.

I debiti di cui il superstite è solo debitore verso la comunione tripartita, sono quelli de' quali egli è debitore per ispese necessarie o utili, fatte mentre ch' essa durava, col denaro della detta comunione, ne'fondi proprj del detto superstite, oltre a quelle di semplice manutenzione; o per somme, ch' egli ne abbia ritirate per pagare dei debiti, che erano particolari, non essendo entrati nè nell' una nè nell' altra delle comunioni, o per la loro natura, se erano dovuti pel prezzo di qualche fondo proprio, *supra*, n. 239, o perchè ne fossero stati esclusi per separazione di debiti tanto nel contratto del primo quanto del secondo matrimonio. E generalmente il superstite è solo debitore verso la comunione tripartita delle somme, ch' ei ne ha prese per affari, che gli erano particolari, e de' quali egli solo ha profittato.

948. I debiti di cui il superstite è debitore unitamente co'suoi figli verso la comunione tripartita, sono quelli di cui egli è debitore per spese necessarie o utili, oltre a quelle di sem-

plice manutenzione, fatte col denaro della comunione tripartita ne' fondi della comunione del superstite co' suoi figli; o pel pagamento fatto col denaro della comunione tripartita, dei debiti della comunione particolare del superstite co' suoi figli.

949. I debiti di cui il superstite è debitore unitamente colla sua seconda moglie, o col suo secondo marito verso la sua comunione tripartita, sono quelli di cui egli era debitore verso la comunione particolare tra lui ed i suoi figli.

Questi debiti sono dovuti alla comunione tripartite; perchè il superstite contraendo, tanto per lui che per la sua comunione co' suoi figli, la comunione conjugale, ch' egli ha stipulata colla sua seconda moglie, vi ha conferito tutti i beni mobili della comunione, che vi era tra lui ed i suoi figli, e ne ha reso partecipe la comunione conjugale; e per conseguenza egli l' ha resa partecipe de'crediti mobiliarj, che la detta comunione aveva contro di lui; questi crediti essendo comuni alle due comunioni, sono crediti della comunione tripartita, *supra*, n. 909; ed il superstite, che ne è debitore, ne è debitore verso la comunione tripartita, purchè però non vi sia stata nel contratto del secondo matrimonio una clausola di realizzazione, nella quale i detti crediti si sieno trovati compresi.

Questi debiti sono dovuti dal superstite unitamente alla sua seconda moglie, poichè per la comunione conjugale, che il superstite ha contratta con essa, egli l' ha resa partecipe di tutti i suoi debiti passivi mobiliari; e per conseguenza di quelli di cui era debitore verso la comunione esistente tra lui ed i suoi figli, al pari di tutti gli altri, purchè però non vi sia nel contratto del secondo matrimonio una clausola di separazione di debiti.

950. I due altri capi della comunione tripartita possono parimenti avere contro di essa de' crediti e dei debiti, che loro sieno particolari.

Il credito, che hanno i figli contro la comunione tripartita per la ripresa del prezzo de'loro beni proprj alienati durante la detta comunione, che è entrato in essa, è un credito, che è loro particolare.

I crediti, ch'essi avevano contro la loro comunione col superstite, come sono quelli de' quali si è fatta menzione *supra*, n. 892, diventano un credito, ch' essi hanno contro la comunione tripartita, per le ragioni spiegate *supra*, n. 949, il qual credito è loro particolare.

Se però vi fosse, per una clausola del contratto del secondo matrimonio, una separazione di debiti, la comunione conjugale non essendo in questo caso tenuta ad un tal debito, i figli non avrebbero questo credito contro la loro comunione tripartita, ma solamente contro la loro comunione col superstite.

951. I debiti de'figli verso la comunione tripartita, di cui essi soli sono debitori, sono quelli che riguardano ciò, ch'essi hanno ritirato dalla detta comunione, o pel pagamento de'loro debiti proprj, o per qualunque si sia altro affare loro particolare, e da cui essi soli hanno tratto profitto.

I figli sono anche soli debitori verso la comunione tripartita, dei debiti che avevano verso la loro comunione col superstite; i crediti che questa comunione aveva contr' essi entrando nella comunione conjugale, come l'abbiamo veduto, *supra*, n. 909 e 910, divengono crediti della comunione tripartita, a meno, che nel contratto del secondo matrimonio non vi sia una clausola di realizzazione nella quale essi si ritrovassero compresi.

952. I crediti che ha la seconda moglie contro la comunione tripartita, e che a lei sono particolari, sono quelli ch'essa ha per la ripresa del prezzo de' suoi beni proprj alienati durante la detta comunione, per la ripresa del suo mobiliare realizzato nel suo contratto di matrimonio, ed anche per la sua anteparte, allorchè sia sopravvissuta a suo marito.

Questa anteparte è un debito della comunione tripartita a cui i figli sono tenuti pel loro terzo; poichè il superstite, nella sua qualità di capo della comunione che esiste tra essi, ha potuto, contraendo durante questa comunione il debito di una tale anteparte verso la sua seconda moglie, obbligarvi i suoi figli, come egli gli obbliga a tutti gli altri debiti da lui contratti durante tale comunione. In-

vano si opporrebbe, che il superstite non può disporre per donazione, poichè il contratto di comunione, in cui è entrata la convenzione di anteparte, è un contratto di commercio, e non una donazione.

953. La seconda moglie è debitrice sola verso la comunione tripartita, di ciò ch' essa ne ha ritirato, o pel pagamento de' suoi debiti proprj, o per qualche affare suo particolare, e di cui essa sola abbia profittato.

Tutto ciò che si è detto dei debiti e dei crediti della seconda moglie, si applica egualmente al secondo marito.

954. I crediti che ha contro la comunione tripartita ciascuna delle parti che la compongono, danno luogo a de' prelevamenti sulla massa dei beni della detta comunione. Ciascuna parte preleva la somma di cui si trova creditrice, fatta deduzione di ciò che deve alla detta comunione.

La parte che ne è sola creditrice, la preleva a suo solo profitto; riguardo a ciò di cui il superstite è creditore unitamente co' figli del suo precedente matrimonio, il superstite, dopo averlo prelevato insieme a' suoi figli, deve conferirla nella massa particolare dei beni della comunione, che si deve dividere tra lui ed i suoi figli.

Lo stesso è de' crediti che il superstite ha unitamente alla sua seconda moglie; egli conferisce nella comunione conjugale ciò che ha prelevato sulla massa de' beni della comunione tripartita.

955. I debiti di cui ciascuna parte è debitirice verso la comunione tripartita, danno luogo a delle collazioni. Ogni parte deve conferire alla massa de' beni comuni, la somma di cui essa si trova debitrice, fatta deduzione di ciò che a lei è dovuto; e questa somma deve essere computata nella parte, ch' essa ha nella detta massa.

956. Gl' interessi delle prededuzioni e delle collazioni sono dovuti dal giorno dello scioglimento della comunione, e si aggiungono alle somme principali, prelevate o conferite.

957. Allorchè un figlio del primo matrimonio è stato dotato col denaro della comunione tripartita, se l' ammontar di questa dote eccede la parte, che a lui spetta nella suddivisione de' beni della detta comunione, il di più sarà computato nella parte del superstite, il quale lo riterrà sugli altri beni di questo figlio, ch' egli ha tra le mani, se tanti pur se ne trovano, riputandosi che il superstite abbia donato *de suo* soltanto ciò, che mancasse dai beni di questo figlio per fornire una tal dote.

958. Allorchè uno de' figli del secondo matrimonio sia stato dotato col denaro della comunione tripartita, ne è dovuta la collazione alla detta comunione, per una metà dal superstite, e per l' altra dalla seconda moglie, quand' anche essa non fosse stata parte in suo nome nel contratto di dotazione. In questo caso però essa è tenuta alla collazione della metà della dote, soltanto sino alla concorrenza di ciò, ch' essa profitta nella comunione, mentre, al contrario, se essa vi è stata parte in suo proprio nome, vi è tenuta indefinitamente. La ragione si è che, sebbene la moglie non sia stata parte in suo nome nel contratto di dotazione, suo marito, come capo della comunione conjugale, è riputato aver fornito la dote tanto per lui che per lei, nella sua qualità di partecipante nella comunione, senza aver per ciò bisogno del suo consenso, come l'abbiam veduto *supra*, n. 647.

SEZIONE VII.

Come le parti che partecipano alla comunione tripartita, sieno tenute ai debiti della detta comunione.

1. *Come ne sieno esse tenute fra loro.*

959. Le parti che partecipano alla comunione tripartita sono tra esse tenute ai debiti della detta comunione, ciascuna per la porzione, che ha nei beni della detta comunione. Tutti i capi di questa comunione avendovi parte per un terzo, sono fra loro tenuti ognuno ad un terzo de' debiti: e perciò se l' uno dei suddetti capi pagasse il totale di uno di questi debiti al creditore, egli avrebbe il regresso contro agli altri capi pel terzo che ciascuno di essi deve sopportarne.

960. Osservate però che, se il pas-

sivo eccede l'attivo, la seconda moglie non è tenuta al suo terzo dei debiti della comunione tripartita, se non sino alla concorrenza di ciò, ch'essa ha ricevuto dai beni della comunione conjugale; poichè non facendo un capo nella comunione tripartita, se non per rapporto alla comunione conjugale, che ha contratta col superstite, essa deve esser tenuta ai debiti soltanto secondo le regole della comunione conjugale, vale a dire sino alla concorrenza di ciò, ch' essa riceve dai beni di questa comunione conjugale; il di più deve essere a carico del superstite e de'figli del primo matrimonio. Questi figli debbono sopportare la loro parte di un tal soprappiù; poichè il superstite, come capo della continuazione della comunione esistente tra lui ed essi, ha fatto tanto per essi, che per lui il contratto di comunione conjugale colla sua seconda moglie, ed ha contratto tanto per essi, che per lui le obbligazioni comprese in un tale contratto, delle quali fa parte quella di pagare questo di più dei debiti.

961. *Vice-versa*, nel caso che una moglie superstite essendo in continuazione di comunione co' suoi figli, abbia contratta una comunione conjugale con un secondo marito, il che ha formato una comunione tripartita, i detti figli non sono tenuti, al pari della loro madre, ai debiti di questa comunione, se non sino alla concorrenza di ciò, ch' essi ricavano da' beni della comunione conjugale; il secondo marito è tenuto al di più, poichè la moglie, come capo della continuazione della comunione, che esisteva tra essa ed i detti figli, ha contratto tanto per lei, che per essi la comunione col suo secondo marito, e ve gli ha associati cogli stessi diritti e condizioni cui essa medesima si è associata.

962. I figli della moglie premorta, che sono in continuazione di comunione col loro padre, avendo, secondo i principj dello Statuto di Parigi, il privilegio di esser tenuti ai debiti della continuazione della comunione, soltanto sino alla concorrenza di ciò, che hanno ricevuto da' beni tanto della continuazione della comunione, che della comunione esistente tra il superstite e la loro madre premorta, come l'abbiam veduto *supra*, n. 905, i detti figli non debbono essere tenuti a' debiti della comunione tripartita, che sino a tale concorrenza; poichè essi non ne sono tenuti, se non perchè sono debiti della loro continuazione di comunione; il loro padre e la sua seconda moglie debbono essere tenuti del di più ciascuno per metà, salvo che questa è tenuta ad una tale metà soltanto sino alla concorrenza di ciò, che essa ricava dai beni della comunione conjugale.

2. *Come ne sieno tenute le parti in faccia del creditore.*

963. I debiti della comunione tripartita sono dovuti pel totale, in faccia del creditore, dalla parte che gli ha contratti, o dal capo da cui essi procedono, come sono i debiti mobiliari di una successione pervenuta all' una delle parti, benchè in faccia de' suoi socj questa non ne sia tenuta, che per la sua porzione.

Le altre parti, che non hanno contratti i debiti, e dalle quali non procedono, e che ne sono debitrici soltanto perchè fanno un capo nella comunione, non sono tenute ai detti debiti, anche in faccia del creditore, che per la parte, ch' esse hanno nella comunione.

Osservate però, che, sebbene le dette parti sieno tenute personalmente ai detti debiti soltanto per la loro parte esse possono, allorchè tali debiti sono ipotecarj e contratti dal capo della comunione, esser tenute ipotecariamente pel totale se esse posseggono qualche coacquisto immobile della detta comunione; poichè egli ha potuto, nella sua qualità di capo, ipotecarli pel totale, pe' debiti ch' ei contraeva.

SEZIONE VIII.

Caso particolare nel quale si tratta la questione, se un figlio possa pretendere contro la sua matrigna la continuazione della comunione per terzo.

964. Un uomo, essendo in continuazione di comunione con un figlio

minore del suo primo matrimonio, passa ad un secondo, e col contratto del secondo matrimonio espressamente stipula, ch' egli sarà tenuto di far subito l' inventario ad effetto di sciogliere la comunione col figlio del suo primo matrimonio, sotto pena dei danni ed interessi verso la futura sposa: passa un lunghissimo tempo dopo questo matrimonio, durante il quale quest' uomo fa dei grandi acquisti ed aumenta considerabilmente i beni della sua comunione; egli muore infine senza avere eseguita la convenzione, e senza avere fatto l' inventario, lasciando per suo unico erede il figlio del suo primo matrimonio. Questo figlio pretende, che, per mancanza d' inventario, egli ha continuato ad essere in comunione con suo padre sino alla sua morte, ch' egli ha diritto per conseguenza di pretendere nella comunione un terzo in testa propria ed un altro terzo come erede di suo padre, e che deve restarne soltanto un terzo per la vedova. Questa vedova pretende al contrario, che suo marito obbligandosi verso di lei a far cessare immediatamente la sua comunione col figlio del primo matrimonio, si è con ciò verso di lei obbligato ad impedire al figlio del precedente matrimonio di poter pretendere alcuna parte nei beni della loro comunione, che possa diminuire quella metà ch' essa vi deve avere; questa obbligazione alla quale il figlio, come unico erede di suo padre, è succeduto per intiero, lo rende non ammissibile a domandare in testa propria alcuna parte ne' detti beni; egli deve solamente prelevare la metà della somma, alla quale sarà per comune opinione fissato l' ammontare del mobiliare della continuazione della comunione, che esisteva in tempo in cui il marito si era obbligato di scioglierla, e che si è confusa per mancanza d' inventario, con quello della comunione conjugale.

Su questa questione vi sono due opinioni: la prima è di coloro che, per le ragioni che noi abbiamo esposte, pensano che in questo caso il figlio del primo matrimonio non sia ammissibile a domandare la parte, ch' egli ha in testa propria nei beni della comunione di suo padre colla sua matrigna.

La seconda è di quelli, i quali pensano che il figlio del primo matrimonio, non ostante la convenzione del contratto del secondo matrimonio, debba essere ammesso a dimandare la parte in tutti i beni della comunione, che ha continuato per terzo per mancanza d' inventario sino alla morte del marito. La ragione sulla quale essi si fondano è, che la vedova deve imputare a se di essersi maritata senza fare eseguire da prima la convenzione colla quale suo marito si era obbligato di sciogliere con un inventario la comunione con suo figlio; che da ciò ne risulta una presunzione di un concerto fraudolente tra l' uomo e la seconda moglie, onde privare il figlio del primo matrimonio della sua parte ne' guadagni, che potrebbero esser fatti durante il secondo matrimonio, mentre in caso di cattiva sorte, egli rimaneva esposto a sopportare la sua parte nelle perdite; che questo concerto di frode presunto fornisce al figlio del primo matrimonio *replicationem doli* contro l' eccezione risultante dalla convenzione del contratto del secondo matrimonio, che gli fosse opposta dalla sua matrigna. Questa opinione sembra autorizzata da una decisione del mese di luglio 1655, citata da Renusson.

Si può ancora aggiugnere in favore di questa opinione, una decisione del 3 maggio 1758 riportata da Denisart, che ha rigettato la domanda dei danni ed interessi di una moglie, contro la successione di suo marito, ch' essa pretendeva che risultassero dall' ineseguzione di una clausola del suo contratto di matrimonio, la quale portava che sarebbe fatto un inventario avanti o dopo la celebrazione delle nozze, per sciogliere la comunione co' figli del primo matrimonio, alla quale il marito aveva soddisfatto soltanto tre anni e mezzo dopo il matrimonio.

965. Riguardo alla prima opinione, che giudica il figlio del primo matrimonio non ammissibile in questo caso a domandare la parte, ch' egli ha in testa propria ne' beni della comunione colla seconda moglie, osservate che, siccome è la qualità, ch' egli ha di erede di suo padre, quella che

lo rende non ammissibile, così egli deve essere non ammissibili soltanto per la parte in cui egli è erede; e perciò se il defunto avesse quattro figli del secondo matrimonio, i quali venissero alla successione di suo padre insieme col figliò del primo letto, non essendo questi erede di suo padre che per un quinto, dovrebbe essere escluso soltanto per un quinto dalla parte, ch' egli ha ne' beni della comunione della sua matrigna; salvo ad essa il suo regresso contro ai quattro suoi figli, pe' danni ed interessi risultanti da che la metà, ch' essa doveva avere nei beni della comunione, è stata diminuita per la parte che vi ha avuta in testa propria il figlio del primo matrimonio.

966. Benchè il figlio del primo matrimonio sia erede unico, se la sua matrigna fosse donataria di una parte eguale a quella del figlio, ed avesse diritto in questa qualità di dividere con lui per metà i beni della successione di suo marito, egli, in tal caso, ammettendo la prima opinione, non dovrebbe essere escluso che per metà della parte, ch' egli ha in testa propria ne' beni della comunione conjugale di suo padre colla matrigna; poichè la matrigna nella sua qualità di donataria di una parte eguale a quella del figlio, essendo tenuta per metà a tutti i debiti della successione di suo marito, ha dovuto fare in lei stessa confusione per metà dell'obbligazione, che suo marito aveva contratta verso di lei, di far cessare la comunione col figlio del primo matrimonio; per lo che, questo figlio non rimanendo più debitore verso di lei, che della sola metà, deve essere escluso soltanto per la metà del terzo, che ha in testa propria ne' beni della detta comunione.

Fine del Trattato della Comunione.

INDICE

DELLE MATERIE CONTENUTE

NEL TRATTATO

Della Comunione.

Parte Seconda.

Parte Terza.

Capitolo Primo.

Cap. II.

PARTE QUARTA.

CAPITOLO PRIMO.

CAP. II.

PARTE QUINTA.

PARTE SESTA.

CAPITOLO PRIMO.

CAP. II.

Fine dell' Indice del Trattato della Comunione.